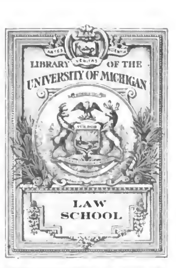
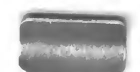





ARTES
VERITAS
SCIENTIA
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN
LAW
SCHOOL



Juristische Wochenschrift.

Herausgegeben von

S. Haenle,
Justizrath, Rechtsanwalt in Ansbach.

und

M. Kempner,
Rechtsanwalt beim Landgericht I. in Berlin.

Organ
des Deutschen Anwalt-Vereins.

Siebzehnter Jahrgang.

Berlin.
W. Moeser Hofbuchhandlung.
1888.

Inhalts-Verzeichniß

des

Siebzehnten Jahrgangs der Juristischen Wochenschrift

nach der Buchstabenfolge.

№ 1 und 2. Berlin, 5. Januar. 1888.

Juristische Wochenschrift.

Herausgegeben von

S. Haenle, Justizrath, Rechtsanwalt in Ansbach.

und

M. Kempner, Rechtsanwalt beim Landgericht I. in Berlin.

Organ des deutschen Anwalt-Vereins.

Preis für den Jahrgang 20 Mark. — Inserate die Zeile 40 Pfg. — Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt.

Inhalt.

Aufsätze für die Juristische Wochenschrift, welche acht Spalten überschreiten, können nur ausnahmsweise angenommen werden. Aufsätze, welche sich auf Angelegenheiten des Anwaltstandes und die Reichsjustizgesetze beziehen, erhalten den Vorzug.

Die Redaktion.

Hülfskasse für deutsche Rechtsanwälte.

Die Pommersche Anwaltskammer zu Stettin und die Anwaltskammer zu Posen haben der Kasse wiederum Beihülfen von 600 Mk. bezw. 500 Mk. überwiesen. Den Kammern und ihren Vorständen ist für die erfreulichen Gaben der aufrichtigste Dank ausgesprochen.

Eine Neujahrsbetrachtung.

Es war ein ereignißreiches, verhängnißvolles Jahr für die deutsche Advokatur, welches nun hinter uns liegt. An der Eingangspforte des Jahres stand die Frage über die Abminderung der Anwaltsgebühren und an der Ausgangspforte steht die Frage über den angeblichen Mißbrauch von Seiten der Anwälte bezüglich der Terminsvertagungen.

Unsere Leser werden kaum erwarten, daß dieser Rückblick noch einmal das unerquickliche Kapitel der Gebührenherabsetzung zur Sprache bringen werde. Hierüber wurde vielleicht nur zu viel gesprochen; zu viel, weil, worin auch der Reichstagskommissionsbeschluß übereinstimmte, die vorgeschlagenen Abminderungen so schwerwiegend, so eingreifend sie auch gewesen wären, noch der Ergänzung einer beweisenden statistischen Grundlage behufs der Würdigung und Bemessung der Einzelvorschläge entbehrten. Nur Eines soll auch hier wieder wiederholt werden, wie es überhaupt nicht oft genug gesagt werden kann. Der Anwaltsstand, gewöhnt für die materiellen Interessen Anderer zu streiten, hat, wo es die eigenen Interessen anlangt — so sehr verschrieen er auch in dieser Hinsicht ist — trotz unseres realistischen Zeitalters sich stets davor bewahrt, diese in den Vordergrund zu stellen, und wer das anwaltschaftliche Leben, die Sorgen des Anwaltes, sein Sinnen und Trachten näher kennen zu lernen in der Lage gewesen, wird der Wahrnehmung begegnen, daß so mancher Anwalt dem eigenen Interesse mindere Aufmerksamkeit widmet, dasselbe sogar vernachlässigt, zu Gunsten der Interessen seiner Mandantschaft.

Als die leidige Gebührenangelegenheit auf eine Zeit lang beseitigt schien, war der Anwaltsstand froh, seiner Berufsaufgabe wieder freieren Gemüthes leben zu können. Da erschien die Wach'sche Enquete und mit ihr eine Veranlassung zu neuer Beunruhigung. Es kann nicht verkannt werden, daß die Erhebungen, welche auf Anregung des Herrn Professor Wach bei einem großen Theile der Landgerichte des deutschen Reiches gepflogen worden sind, in ihren Ergebnissen, so wie sie in der Enquete veröffentlicht wurden, einen schweren Vorwurf gegen das geschäftliche Gebahren der deutschen Advokatur enthalten, und die Folgen hiervon sind nach mannigfachen Richtungen hin auch nicht ausgeblieben.

Auch in dieser Beziehung ist die Anwaltschaft die Antwort nicht schuldig geblieben und hat doch wohl zur Genüge nachgewiesen, daß der Uebelstand der Vertagungen nicht in dem hohen Grade besteht, wie es den Anschein gewinnt, daß daran die gegebenen thatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zumeist Schuld tragen, daß eine völlige Beseitigung des Mißstandes kaum möglich erscheint und nur zu Uebelständen anderer Art führen würde.

Außer den Entgegnungen, welche der Inhalt der Enquete im Kreise des Anwaltsstandes gefunden hat, hat sich auch Herr Reichsgerichtsrath a. D. Dr. O. Bähr, der „Anerkennungs-Bähr", wie man ihn nach seiner berühmten Schrift manchmal bezeichnet, über die Wach'sche Enquete in einem Schriftchen (Kassel, bei Gosentisch) geäußert. Ich glaube umsomehr heute hier auf dieses Schriftchen aufmerksam machen zu müssen, als Wach und Bähr in der Beurtheilung unserer C. P. O. sich wie Optimismus und Pessimismus gegenüberstehen, und der Zusammenhalt beider Werkchen einen Rückblick auf die bisherige Wirkung der C. P. O. in hohem Maße gewährt. Wach sieht in der Verwirklichung des Mündlichkeitsprincips den auf die Natürlichkeit und Wahrheit in

der Gestaltung der Urtheilsgrundlage gerichteten Rechtsgedanken; Bähr dagegen nennt unsere C. P. O. einen idealen Bau, der überall mit Dingen und Menschen rechnet, die nicht existiren. Wach bricht in den Ausruf aus: „Weg mit den Schreckgespenstern, durch welche man die Gemüther einzuängstigen versucht hat; es ist eine Fabel, daß unsere Justiz in Gefahr sei, weil die kollegialgerichtlichen Urtheile des sicheren thatsächlichen Fundaments entbehren"*); Bähr dagegen spricht von der Wach'schen Mündlichkeitsschwärmerei und stellt die (von ihm bezweifelte) Sicherheit der Urtheilsgrundlage höher als die „Wahrheit und Lebendigkeit, d. h. den theatralischen Effekt". Bähr's Bemerkungen über die Konstruktion unseres Prozesses enthalten schwere Angriffe gegen dieselbe und sind von größerer Tragweite, als man sie in einem solchen Brochürengefechte sucht. Zuzugeben ist ihm jedenfalls, daß, wie ja Wach selbst einräumt, die Enquete nur die Praxis der Landgerichte im Auge, die Praxis des Anwaltsstandes, des Amts- und des Berufungsgerichts aber nicht in ihr Bereich gezogen hat. Wir Anwälte haben insbesondere diese Einseitigkeit, daß die Enquete sich um die Erfahrungen des Anwaltsstandes nicht bekümmerte**), schwer zu beklagen, da die Schrift es dennoch für gegeben erachtete, ein Mißtrauensvotum gegen den Anwaltsstand auszusprechen, es an harten Urtheilen gegen denselben darin nicht fehlt***).

Es kann natürlich nicht die Aufgabe dieses Aufsatzes sein, die Parallele des Wach'schen Büchleins mit dem Bähr'schen hier weiter fortzusetzen, es mag genügen, im Allgemeinen darauf hingewiesen zu haben; dagegen gehört eine wesentliche Wiedergabe dessen, was Bähr über die anwaltschaftliche Bethätigung in unsrer C. P. O. gesagt hat, so recht in den Rahmen dieser Zeitschrift. Dabei kann ich an das anknüpfen, was eben erst über die Einseitigkeit der Wach'schen Enquete hier hervorgehoben wurde. Bähr äußert in dieser Beziehung: „Es wäre zu wünschen, daß auch einmal die Anwälte unter sich eine Prozeß-Enquete anstellten, die Wach'sche Enquete würde dadurch sehr interessante Vervollständigungen erfahren"****). — Das Bähr'sche Schriftchen verbreitet sich dann eines Längeren über die Unterbrechung von begonnenen Terminen und die Aussetzung von Terminen und sagt in dieser Hinsicht: Ist die Verhandlung noch nicht gehörig durch Schriften vorbereitet, so kann die Aussetzung den Anwälten nicht zum Vorwurf gemacht werden, da dieselbe dann jedenfalls noch besser ist, als wenn die Terminsverhandlung begonnen wird und dann doch abgebrochen werden muß. Das Gesetz selbst, führt der Verfasser weiter aus, trägt den wesentlichsten Theil der Schuld an den Unterbrechungen und Aussetzungen, indem die Vorbereitung durch Schriften so schlaff wie möglich geregelt ist. Zunächst kommt in Betracht, daß der Vorsitzende die Termine ansetzen muß, ohne im geringsten zu wissen, was aus der Sache wird; ob namentlich die Vorverhandlung viel oder wenig Zeit beansprucht. Setzt er die Termine weit hinaus, so leiden darunter alle einfachen Sachen und vor Allem die Kontumazialsachen, die schnell erledigt werden könnten und sollten. Setzt er die Termine nahe, so sind bis zu denselben die schwierigen Sachen noch nicht genügend vorbereitet und die Aussetzung des Termins wird nothwendig.

Was nun weiter in der Brochüre über die spezielle Stellung des Anwalts zur Vertagungsfrage vorgebracht wird, hierüber glauben wir am besten das Wort dem Verfasser selbst geben zu sollen.

Er sagt: „Daß auch bei vollständiger Vorverhandlung die Anwälte vielfach Termine aussetzen, hat seinen Grund in der Schwierigkeit ihres Geschäftsbetriebes. Um durch ausfallende Termine möglichst wenig gestört zu werden, setzen die Gerichte meistens alle Termine des betreffenden Tages auf die erste Stunde an. Die Anwälte müssen also schon früh erscheinen und dann warten, bis ihre Sache daran kommt. Einen Kollegen mit ihrer Vertretung bei der mündlichen Verhandlung beauftragen, können sie nicht. Haben sie nun an demselben Tage an verschiedenen Stellen Termine, so bleibt ihnen nichts anderes übrig, als an einer oder der andern Stelle den Termin verlegen zu lassen 2c." — „Es ist nicht zu verkennen, daß diese Art des Geschäftsbetriebes für die Anwälte, welche stundenlang auf die Verhandlung ihrer Sache warten müssen, noch viel peinlicher ist, als für die Gerichte. G l e i c h s a m u m d i e W e t t e m a c h e n s i c h d i e G e r i c h t e u n d A n w ä l t e d a s L e b e n s a u e r. Um nicht unter ausfallenden Terminen allzusehr zu leiden, laden die Gerichte die Anwälte schon auf die erste Stunde. Die Anwälte sind dadurch genöthigt, um so mehr Termine ausfallen zu lassen. Die ganze Maschine arbeitet mit einer Vergeudung von Kraft und Zeit, die ihres gleichen sucht 2c." — „Ein Grund dafür, daß vielfach die Termine nicht abgehalten werden und dadurch die Sachen sich verschleppen, liegt auch noch in der oftmals eintretenden überaus ungleichen Vertheilung der Praxis unter die vorhandenen Anwälte. Auch diese Erscheinung hängt eng mit der Mündlichkeit zusammen. Die sehr verschiedene Begabung in der Redekunst, auf welche im Prozeß alles anzukommen scheint, hat die Folge, daß einzelne Anwälte, die in dieser Kunst excelliren, vorzugsweise vom Publikum zur Vertretung der Sachen aufgesucht werden, während andere, vielleicht sonst ganz tüchtige Anwälte nur einer geringen Praxis sich erfreuen. Der vielgesuchte Anwalt kann dann der großen Zahl der ihm übertragenen Sachen nicht nachkommen und muß nothgedrungen seine Termine aussetzen lassen 2c." —

Die schärfsten Angriffe Bährs richten sich gegen die Mündlichkeit unseres Prozesses und es seien mir in Hinblick auf die Darlegungen von Wach und Bähr einige Bemerkungen gestattet. Folgt man den Ausführungen Bährs darüber, wie er sich eine ersprießliche Mündlichkeit in dem Verfahren denkt, so

*) Eine frühere Abhandlung Bährs über die praktische Bethätigung unseres Civilprozesses namentlich den Thatbestand hat bekanntlich die Wach'sche Enquete veranlaßt.

**) S. 166 der Enquete.

***) Belege hiezu: „S. 33. Wenn der Beklagte einseitig wegen mangelnder Information angeblicher, aber nicht nachgewiesener, zu später Bevollmächtigung (also praesumtio doli) Vertagung erbittet, dann wäre das Versäumungsurtheil wenigstens gegen die Nachlässigkeit des Anwalts eine gesunde und für die Zukunft abschreckende Remedur. — Der Strafbeschluß (§ 48 d. G. K. G.) gegen die Partei soll dieser mitgetheilt werden, damit sie sich mit ihrem Anwalte auseinandersetzen kann, „die Wirkung würde eine drastische sein." (S. 40) — Den Anwälten liegt an der Terminsstunde, aber durch ihr Verhalten begeben sie sich des Rechts auf die ihnen sonst (!) schuldige Rücksicht. (S. 64).

****) S. 32.

wird man sich des Gedankens nicht erwehren können, daß auch seine Mündlichkeit deshalb des besten Hilfsmittels der Wahrheitserforschung entbehrt, weil er die Unmöglichkeit zugibt, einen umfangreichen Zeugenbeweis in der Sitzung zu führen. Daß trotzdem eine solche Beweiserhebung von der höchsten Ersprießlichkeit für die Entscheidung der Richter sein würde, hierüber ist ja kein Wort zu verlieren. Häufig genug kommt es viel weniger darauf an, wie schließlich die Aussage des Zeugen lautet oder wie sie von dem ersuchten Richter, der nicht selten die Streitlage nicht einmal kennt, aufgenommen, das ist, in das Protokoll-Deutsch übersetzt wird, als vielmehr darauf, wie sie entstanden ist. Die Genesis der Aussage kann für die Entscheidung von viel schwererer Bedeutung sein, als die Thatsache der Aussage an und für sich. Steht nun fest, daß gerade in diesem Punkte das Schwergewicht des mündlichen Verfahrens zu suchen und zu finden ist, so darf, meine ich, keine praktische Erwägung uns zurückschrecken vor der Bethätigung der unmittelbaren Zeugenvernehmung im Gerichtssaale. Wenn man auf die Geschichte der Rechtspflege zurückblickt, so wird man doch wohl einräumen müssen, daß gar Vieles für unmöglich, für unthunlich erklärt wurde, was sich später als möglich herausstellte. Auf keinen Fall aber ist die Praxis, die Wach bekundet und vorläufig hinnehmen zu wollen scheint, zu billigen, die gesetzliche Regel wegen der leidigen Geschäftslast umzukehren und die Zeugenvernehmung im Gerichtssaal zur Ausnahme zu machen. Was dabei die Geschäftslast selbst betrifft, so glaube ich die Bemerkung anfügen zu müssen, daß, wenn man die Klagen über dieselbe mit den Ziffern in der deutschen Justizstatistik Ikk. vergleicht, man finden wird, daß nicht bloß die meistbeschäftigten Kollegialgerichte, sondern auch die minderbeschäftigten gleiche Klagen in diesem Betreffe erhoben haben.*)

Noch in einem Punkte scheint mir, was auch Bähr andeutungsweise zugiebt**), die Mündlichkeit von unendlichem Vortheile für das Verfahren und auch hierin läßt die Praxis sie nicht in dem Maße zu, wie sie — freilich abermals zur Belästigung des Gerichtes und zur Verlängerung der Verhandlung — zugelassen werden könnte. Der Anwaltszwang entsprang einem praktischen Bedürfnisse, dem, daß die sachgemäße Begründung des Parteianspruches in einer halbwegs komplizirten Sache nur mit Beihilfe eines Anwaltes geschehen kann, soll dem Gerichte nicht eine unendliche Last aufgebürdet, der Partei selbst nicht große Benachtheiligung in ihrem rechtlichen Gehör zugefügt werden. Die Partei weiß nur, worauf es ihr ankommt, nicht aber, worauf es nach dem Gesetze anzukommen hat. Allein der Anwalt soll ihr nur eine Beihilfe sein. Damit ist also durchaus nicht ausgeschlossen, daß der Richter regelmäßig auch die Parteien hören sollte. Die Geschichtserzählung der Partei und die des Anwaltes haben sich einander zu ergänzen, wenn ein einigermaßen richtiges Bild der Thatsachen gewonnen werden will.

Es ist ja ganz natürlich, daß der Anwalt sowohl in seinem Schriftsatze als in seinem mündlichen Vortrage bemüht ist und bemüht sein muß, die Thatsachen, die ihm von seiner Partei behufs der Prozeßführung mitgetheilt worden sind, „zurecht zulegen", d. i. taktisch logisch — ohne der Wahrheit zu nahe zu treten und zu nahe treten zu wollen — an einander zu reihen. Damit bekommt aber die ganze Darstellung doch manchmal ein anderes Gesicht. Das eine der behaupteten Fakten kam erst nach und nach zur Kenntniß des Anwaltes, das andere gewinnt im Zusammenhange zu der übrigen Erzählung an Bedeutung. Das civilprozessuale Recht des Richters, an die Partei selbst Fragen zu richten, wird deshalb verhältnißmäßig zu wenig benützt und hat selten den Zweck, den ganzen Sachverhalt aus dem Munde der Partei zu hören. Aber auch hier wird die „Geschäftslast" der Gerichte entgegenstehen und vielleicht, daß schon mancher Anwalt die Erfahrung gemacht hat, daß, wenn er zur besseren Aufklärung des Sachverhaltes die Partei mit zu Gericht brachte, man diese nicht hören wollte, „wir haben Anwaltsprozeß".

Demnach wird die Mündlichkeit, wo sie unbedingt für die Wahrheitserforschung von höchstem Werthe wäre, als zur Zeit noch nicht vollständig bestehend, zu betrachten sein, dagegen herrscht sie auf anderen Gebieten unseres Verfahrens so unumschränkt, daß sogar Professor Wach von einem Mündlichkeitsgötzen redet, und man mit Bähr zu Bedenken gedrängt wird, ob sie hier so förderlich wirke als angenommen wird; ich meine bei der Geschichtserzählung und der rechtlichen Erörterung. Der Richter soll nicht beredet, er soll überzeugt werden. „Ueberzeugt!"

Wo ist die Grenze zwischen Ueberzeugung und Wahrscheinlichkeit? Wo die Scheidelinie zwischen objektiver Wahrscheinlichkeit und subjektivem Eindruck? Es ist hier nicht am Platze, über die Ueberzeugungstheorie sich zu verbreiten, allein darüber wird ein Wort gestattet sein, daß die Rede der Wahrheitserforschung wenigstens nicht besser dient, als die Schrift*). Der Glanz eines Vortrages, der ästhetische Aufputz desselben, findet auch bei unseren Richtern weniger Anklang, als dies in Frankreich sein soll. Aber auch ein ganz trockener sach-

*) Ueberblickt man die Angaben, wie sie auf S. 122 u. f. der Wach'schen Schrift sich finden, so stößt man auf ganz eigenthümliche Widersprüche, welche bezüglich der Zuverlässigkeit auch bei anderen Fragen der Enquete bedenklich machen. So berichtet man von dem einen Senat eines Landgerichtes, daß wegen großer Geschäftslast (es wäre eine Geschäftsstockung zu befürchten) die Beweisaufnahme in der Audienz nicht stattfinden könne, und ein anderer Senat desselben Landgerichtes spricht sich „anders aus". Von dem Berichterstatter eines Landgerichts hört man, daß, wer die Geschäftslast der Gerichte seines Reiches kenne, könne nicht glauben, daß größere Zeugenvernehmungen in der öffentlichen Sitzung vorgenommen werden können. Und dennoch sagt ein anderes Landgericht, das auch zu jenem Reiche gehört: „Der größere Umfang in Beweisaufnahmen und die Geschäftsbelastung des Gerichtes wird als erhebliche Schwierigkeit im Sinne des Gesetzes nicht betrachtet. Die dadurch vermehrte Geschäftslast muß als dem Gesetze entsprechend getragen werden." — In der That wird ja die Arbeit der Zeugenvernehmung nicht beseitigt, sondern nur auf einen Richter des Kollegialgerichtes — seltener —, oder auf das Amtsgericht überwälzt. Allerdings wird hierbei beim Amtsgericht nur ein Richter beschäftigt, aber wer die Geschäftslast bei vielen Amtsgerichten kennt, die neben ihren Amtsgeschäften auch noch in Strafsachen thätig sein müssen, zudem häufig wie ein Auskunftsbureau vom Publikum benutzt werden, gelangt zu der Ansicht, die Erleichterung der Geschäftslast des Landgerichts begreife eine wesentliche Erschwerung der Geschäftslast des Amtsgerichts in sich.

**) S. 5 der Brochüre.

*) Jetzt spricht man oft von dem „effektvollen" Vortrag eines Anwaltes, zur Zeit als ich anfing, war, was man hervorhob: „die elegante Jurisprudenz" dieses oder jenes Advokaten.

gemäßer Vortrag gestattet nicht jene ruhige Ueberlegung, welche eine umfassende richterliche Prüfung voraussetzt, die geschriebene Geschichtserzählung kann man in allen Einzelheiten verfolgen und vergleichen, die Darstellung der beiden Parteien vollständiger gegen einanderhalten. Während man sich aus einer mündlichen Erörterung das eine aufschreibt, hat man das andere überhört, der eine Richter faßt die eine Behauptung so, der andere so auf, „denn manche Deutung gibt gesprochenes Wort." Die Anwälte selbst sind hierbei in der bedenklichen Lage, daß sie bei der geringsten Notiz oder wenn die Partei schnell eine Angabe der Gegenpartei ihrem Anwalte richtig zu stellen versucht, ein ganzes Stück Rede nicht gehörig verfolgen können. Daher mag es kommen, daß so mancher Schriftsatz eingehender und ausführlicher wird, als es im Sinne des Gesetzes liegt. Litera scripta manet, und wenn dann der Gegner ebenso ausführlich antwortet, wenn das Gericht nur auf Grund dieser ausführlichen Erzählungen auch bereits zu einer Ansicht hinsichtlich der Entscheidung gelangt ist, so ist die ganze Verhandlung der Recitation eines Dramas mit vertheilten Rollen nicht unähnlich. Noch schlimmer ist es mit der rechtlichen Erörterung. In manchen Anwaltsschriften wird der Rechtspunkt nur angedeutet. Es liegt ja das auch in der Absicht unseres Gesetzes und es wird von den Anwälten und Richtern vorausgesetzt, daß keine juristische Kontroverse sie überrascht und sie sofort wissen, was trotz Koch und Förster, Seuffert's Archiv und den reichsgerichtlichen Entscheidungen in concreto Rechtens sein muß. Aber manchmal kommt doch etwas, was man nicht vorgesehen, nicht vorher studirt hat, und nicht Jeder ist so glücklich, daß ihm die geharnischte Minerva aus dem Kopfe springt; wenn man sich dann mit dem Gemeinplatze behelfen muß, die verehrlichen Richter werden schon wissen, was gesetzlich hier maßgebend sei, und man wolle die Verhandlung damit nicht aufhalten, wird man sich fragen müssen: „Wozu habe ich denn eigentlich das Mandat erhalten? Die Thatsachen werden die Zeugen bekunden und die Rechtsfragen habe ich dem Richter überlassen." — Die rechtliche Erörterung leidet häufig genug unter dem mündlichen Vortrage. Es ist für den Anwalt schwierig, die logischen Kettenglieder zu einem Syllogismus zu verbinden, und es ist für die Richter schwieriger, der Erörterung in allen Theilen zu folgen und die Stichhaltigkeit jedes einzelnen Zwischenarguments zu würdigen. Unsere Richter legen auf den oratorischen Schmuck eines Vortrages kein Gewicht, sie wollen nicht unterhalten, nicht angeregt, sondern nur mit dem Inhalte des Streitgegenstandes ruhig befaßt werden, aber die Einrichtung unserer Gerichte, die Zahl der angesetzten Sachen duldet auch nicht, Reden in der Ausführlichkeit zu halten, wie man sie in England gewöhnt ist; rechtliche Erörterungen, wenn sie gründlich sein sollen, verlangen aber doch zuweilen eine größere Ausdehnung, als unsere Mündlichkeit zuläßt. Wenn der Landgerichtsanwalt sich damit trösten will, daß beim Oberlandesgericht oder Reichsgericht die Streitfrage dennoch ausgetragen würde, so liegt hierin, meiner Auffassung nach, ein Verzicht auf den schönsten Theil der anwaltschaftlichen Thätigkeit, der sich nicht mit dem Hader der menschlichen Gesellschaft, sondern mit der wissenschaftlichen Forschung zu beschäftigen hat.

Die Gesetzgebung und die Literatur der jüngsten Zeit hat sich mit der Frage beschäftigt, durch welche Mittel die Ausbildung der jüngeren preußischen Juristen gehoben werden könne, da sie, obgleich die neuere Zeit eine Steigerung des Studiums des Rechtes nothwendig mache, bedeutend gesunken sei. Diese Frage richtet sich aber selbstverständlich nicht bloß gegen die bisherigen Einrichtungen der preußischen Universitäten, sondern auch gegen die Art und Weise der bestehenden Rechtspflege, denn nicht für die Schule, sondern für das Leben haben wir zu lernen. Ob nun die öffentlichen mündlichen Verhandlungen, wie sie bei uns Gang und Gebe sind — ich habe die landgerichtlichen Verhandlungen dabei im Auge — den wissenschaftlichen Geist unter den Juristen zu heben oder nur zu erhalten geeignet seien, diese Frage möchte ich hier der Prüfung und Würdigung der Leser anheimgeben. Täusche ich mich nicht, so spielt beim mündlichen Vortrag die Einkleidung des Inhaltes eine viel bedeutendere Rolle, als bei dem Schriftsatze und so wird sich das Streben der jüngeren Praktiker mindestens ebensosehr darauf richten müssen, gute Redner als gute Juristen zu werden. Die besten Barreauredner sind bekanntlich nicht immer die besten Juristen, und zu einer gleichmäßigen Ausbildung nach beiden Richtungen hin fehlt dem Einen die Lust und dem Andern die Zeit. Zudem ist die öffentlich mündliche Verhandlung, wie sie gepflogen wird, nicht dazu angethan, wie bereits von mir hervorgehoben wurde, Erörterungen über Rechtsfragen, ganz abgesehen von dem kategorischen Imperativ des Präjudikats die ihnen gebührende Zeit zu gönnen. Dem vortragenden Anwalt hört man die Eile an, denn die später beschäftigten Collegen warten sehnlichst auf das Ende seiner Ausführung, und den Richtern sieht man doch auch zuweilen die Ungeduld an, denn es sind noch eine Reihe von Fällen zu erledigen. Für den Schriftsatz kann Anwalt und Richter sich die geeignete Zeit besser heraussuchen, der erste zum Concipiren, der zweite zur Prüfung. Der mündliche Vortrag dagegen ist an die Stunde und innerhalb der Grenzen derselben gebannt.

Gerade unsere Zeit ist darauf hingewiesen, erhöhte Anforderungen an den wissenschaftlichen Sinn der Juristen und an die juristische Debatte zu stellen. Mit der Einführung des neuen bürgerlichen Gesetzbuches, das ja jetzt so ziemlich durchberathen ist, wird die rechtliche Erörterung nothwendigerweise einen viel größeren Spielraum in den Prozessen einnehmen, eine größere Wichtigkeit in denselben erhalten.

Eine Art der Erörterungen ist allerdings im Prozeßverfahren gegeben, die viel besser mündlich als schriftlich vorgetragen wird. Die Beweisausführung hat sich mündlich der Beweiserhebung anzuschließen, hier ist ein Redegefecht vollständig an der Stelle, hier nützt die Beweglichkeit der mündlichen Ausführung, sie nützt sowohl bei der Erläuterung der einzelnen Zeugenaussagen, als bei der Einreihung derselben in den Gesammtinhalt der Depositionen; das bewegliche Wort steht hier im förderlichen Gegensatze zu dem starren Buchstaben der Einseitigkeit der Schrift. Zur Klärung dessen, was die Zeugen gesagt haben, dient am allerbesten Rede und Gegenrede.

Diese Bemerkungen sollen weniger gegen das Gesetz an und für sich, als gegen die bestehende Praxis gerichtet sein. Es ist ja gar nicht die geringste Aussicht vorhanden, daß in absehbarer Zeit eine auf andern Grundlagen beruhende Prozeßordnung für das deutsche Reich zur Annahme gelange, und der

Praktiker hat mit dem Gegebenen zu rechnen. In der That läßt sich der Ausgleich zwischen der Mündlichkeit und der Schriftlichkeit, wie er in unserer Prozeßordnung angestrebt wird, schwerlich durch bestimmte Gesetzesvorschriften realisiren, schwerlich in Gesetzesformeln fassen. Es handelt sich dabei um ein Mehr oder Minder, wie es nur durch das Leben und die Uebung sich nach und nach herausbilden kann. Nun scheint mir, (auch nach der Wach'schen Enquete) die bisherige Praxis bezüglich der Mündlichkeit im Verfahren zu rigoros, bezüglich der Unmittelbarkeit zwischen Richter und Zeugen zu lax. Die Bestimmungen der §§ 119 und 128 der Prozeßordnung sollen ja dem Geiste, nicht dem Buchstaben gemäß zur Ausführung gelangen, d. i. cum grano salis, und der § 340 soll Ausnahme sein. Wenn den Schriftsätzen eine größere Bedeutung von der Praxis eingeräumt wird, so daß die mündliche Verhandlung dem Wesen nach sich nur als ein Resumé und Ergänzung des Schriftsatzes darstellt, wenn die Unmittelbarkeit zwischen dem erkennenden Richter und den Parteien, zwischen dem erkennenden Richter und den Zeugen, so viel als es nur immer thunlich, durchgeführt wird — ohne die Zeugenvernehmung in der Audienz bleibt die Mündlichkeit unter allen Voraussetzungen nur ein Stückwerk, das der Hauptsache entbehrt — dann würde schon ein höchst wünschenswerthes Ergebniß erreicht. —

Indem ich diese Zeilen schreibe, kommt mir der Bericht über die Justizverwaltung und Rechtspflege in Preußen, 1882—1887, erstattet vom Justizminister an Se. Majestät den Kaiser zu Händen. Bei der Bedeutung desselben glaube ich meinen Artikel nicht schließen zu dürfen, ohne auf dieses hochwichtige Dokument hingewiesen zu haben. Das so belangreiche Aktenstück hat bereits in der heutigen Nummer eine erste Besprechung erfahren und wird der Jur. Wochenschrift noch zu weiteren Erörterungen Anlaß geben, deren Resultat für unseren Stand wohl kein unerfreuliches sein wird. S. H.

Der Bericht über die Justizverwaltung und Rechtspflege in Preußen. 1882—1887.

Seiner Majestät dem Kaiser und König vom Justizminister erstattet am 27. Oktober 1887.

Mannigfach sind die Klagen, welche im Laufe der letzten Jahre bezüglich der Rechtspflege im Deutschen Reich und besonders in Preußen erhoben worden sind. Unkundige könnten durch dieselben zu der Anschauung verleitet werden, als sei die Schöpfung der Reichsjustizgesetze eine verfehlte. Glücklicherweise sind es aber nur vereinzelte, allerdings nicht unerhebliche Mängel, wegen deren Klagen laut geworden sind und welche dem hohen Werth der Schöpfung im Ganzen keinen Eintrag thun. In der That ist der Zustand der Rechtspflege im Deutschen Reich im Vergleich zu dem in den übrigen Kulturstaaten ein außerordentlich befriedigender. Zwar befreit der Besitz des Guten nicht von der Pflicht, nach dem Besten zu streben. Aber es liegt alle Veranlassung vor, sich über das Erreichte zu freuen und sich nicht in bedauernde Rückblicke auf einzelne Vorzüge vergangener Zustände zu verlieren. Diese Grundanschauung tritt auch in dem Verwaltungsberichte des Königlich Preußischen Justizministers für die Jahre 1882—1887 hervor. Derselbe schildert unter Beigabe tabellarischer Uebersichten eingehend die Leistungen der einzelnen der zur Ausübung der Rechtspflege geschaffenen Einrichtungen und deren Werth. Begonnen wird mit der örtlichen Organisation der Gerichte, an welche sich anschließt ein Abschnitt über die Wiederherstellung der Gerichtskassen, eine wie uns scheint, sehr glückliche Maßregel. Dann folgt eine Darstellung über die Verhältnisse der Beamten im Allgemeinen und die einzelnen Beamtenkategorien. Besonders ausführlich ist der Gerichtsvollzieher, der Handelsrichter und Schiedsrichter gedacht. Auch die Ausbildung der jungen Juristen und der im Vorbereitungsdienst Beschäftigten ist eingehend besprochen. Von einzelnen Gegenständen der Rechtspflege und Justizverwaltung haben der Civilprozeß und der Strafprozeß, das Konkursverfahren, die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, das Gebühren- und das Grundbuchwesen, die Vormundschaftsordnung, die Gefängnißgebäude, die Gefängnißverwaltung, die Gerichte mit mehrfacher Gerichtshoheit, der internationale Rechtshülfe- und der Auslieferungsverkehr eine eingehende Würdigung erfahren. Weniger ist das geschehen in Ansehung der Gerichtsgebäude, bezüglich deren Folgendes berichtet wird:

> „Soweit es die Finanzlage gestattete, ist seit dem Jahre 1882 mit der Herstellung neuer Geschäftsgebäude fortgefahren worden und es sind in dieser Zeit 33 Neubauten bezw. Erweiterungsbauten von Geschäftsgebäuden — unter ihnen 17, an welche sich ein Gefängnißbau anschloß — begonnen und zum Theil bereits ausgeführt worden. Erwähnenswerth darunter sind:
>
> Das Landgericht und Amtsgericht Berlin II., am Halleschen Ufer Nr. 29,
>
> die Land- und Amtsgerichte in Schweidnitz und Saarbrücken,
>
> der umfangreiche Erweiterungsbau für das Landgericht und Amtsgericht in Breslau,
>
> endlich die großartigen, zu einem einheitlichen Bau vereinigten Oberlandesgerichte, Landgerichte und Amtsgerichte in Frankfurt a. M. und in Cöln."

Wir bedauern, daß dem Herrn Minister vor Abfassung seines Berichts die in der Wochenschrift veröffentliche Denkschrift über die räumliche Unterbringung der Gerichte in den deutschen Bundesstaaten nicht hat vorgelegt werden können. Derselbe hätte vielleicht daraus Veranlassung entnehmen können, Seiner Majestät gegenüber auch noch hervorzuheben, daß nach dem Geleisteten noch vieles geschehen müsse und daß Preußen, was die räumliche Unterbringung der Gerichte anlangt, weit hinter den Deutschen und nicht Deutschen Nachbarländern zurückstehe. Die Einschränkung soweit es die Finanzlage gestattet ist dehnbar; **nothwendigen** Anforderungen zu genügen, muß die Finanzlage gestatten. Wir hoffen, daß der nächste Justizetat einen wesentlichen Fortschritt erkennen läßt und sind der Meinung, daß falls die Vorarbeiten bereits abgeschlossen sein sollten, ein Nachtragsetat die Ergänzung bringen werde. Die Rechts-

anwaltschaft ist bei diesem Punkte auf das Lebhafteste betheiligt und die Gemeinden wie die Gerichtseingesessenen werden dieselbe in dem Verlangen nach zweckentsprechend eingerichteten Gerichtsgebäuden nachdrücklichst unterstützen. Ist ein befriedigender Zustand erreicht, dann werden auch die Klagen über Vertagungen zum großen Theile verstummen. Was übrigens die leidige Vertagungsfrage betrifft, so findet sich in dem Bericht aus dem Abschnitt über Civilprozeß folgende Stelle:

„Darf hiernach an der Hoffnung festgehalten werden, daß das in der Civilprozeßordnung geregelte Verfahren sich im Großen und Ganzen als eine segensreiche, zur Lösung der Aufgaben einer guten Rechtspflege geeignete Institution dauernd bewähren wird, so darf darum doch nicht mit dem Bekenntniß zurückgehalten werden, daß bei der Handhabung des Gesetzes auch manche Mißstände nicht ausgeblieben sind.

Während nach dem altpreußischen Recht der Prozeßbetrieb durch die Gerichte vermittelt und geleitet wurde, ruht derselbe nach der C. P. O. wesentlich in den Händen der Parteien und ihrer Vertreter. Diese Einrichtung hat den von dem neuen Verfahren erwarteten Erfolg eines beschleunigteren Verlaufs der Prozesse vielfach beeinträchtigt. Die Klagen über die durch Verschulden der Parteien oder ihrer Vertreter veranlaßten Vertagungen und Vereitelungen der Verhandlungstermine und über die dadurch herbeigeführten Verzögerungen haben sich so gemehrt, daß ich mich veranlaßt gesehen habe, die Gerichte auf die in den Gesetzen sich darbietenden Mittel zur Bekämpfung jenes Mißstandes hinzuweisen und zu energischer Anwendung dieser Mittel aufzufordern. Es wird abzuwarten sein, ob die anempfohlenen Maßnahmen sich als geeignet erweisen werden, dem vorhandenen Uebelstande abzuhelfen, oder ob schließlich gar die Gesetzgebung zur Abhülfe anzurufen sein möchte."

Wir müssen anerkennen, daß ein erschöpfender Verwaltungsbericht den Erlaß vom 23. September 1887 nicht übergehen durfte. Daß aber nicht auch gleichzeitig der schweren Bedenken gedacht ist, welche seitens der Vorstände preußischer Anwaltskammern gegen die durch den Erlaß empfohlenen Maßnahmen erhoben sind, wollen wir daraus erklären, daß bei Abschluß des Berichts über die Beurtheilung, welche jene Maßnahmen seitens des gesammten deutschen Anwaltstandes erfahren, ein klares Bild noch nicht gewonnen war. Wir hegen die bestimmte Hoffnung, daß die in dem Erlaß vom 23. September 1887 anempfohlenen Maßregeln nach der jetzt hinsichtlich ihrer Zulässigkeit und ihres Werths gewonnenen Aufklärung außer Anwendung treten werden. Der preußische und mit ihm der übrige deutsche Anwaltstand wird sie niemals als berechtigt anerkennen und insbesondere stets widersprechen, falls die Gerichte es für angemessen erachten, durch Mittheilungen an die Parteien in das Prozeßleitungsrecht der Anwälte einzugreifen. Der vermeintliche Uebelstand ist auch gar nicht erheblich. Man braucht nur den Zeitaufwand, welchen richterliche Behörden beanspruchen, um eine ihrer Leitung unterstehende Sache spruchreif zu stellen, mit der dem Anwalte schließlich für die erschöpfende Aufklärung der Sache trotz Vertagungen verbleibenden Zeit zu vergleichen, um zu erkennen, daß der Anwalt im Durchschnitt aller Schwierigkeiten ungeachtet schneller arbeitet, als das instruirende Gericht. Wir wünschen von Herzen, daß dem Herrn Minister vergönnt sein möge, nach weiteren fünf Jahren einen neuen Verwaltungsbericht zu erstatten. Wir zweifeln nicht, daß in diesem Berichte eine Stelle vorkommen würde, worin des den Gerichten empfohlenen Entgegenkommens gegen die Rechtsanwälte lobend gedacht und festgestellt wird, daß in Folge des einmüthigen Zusammenwirkens der Gerichtsvorstände und der Vorstände der Anwaltskammern die aus der Uebergangszeit stammenden Mißverständnisse beseitigt und durchaus befriedigende Zustände in Ansehung der Rechtspflege hergestellt seien. Dasjenige, was der Bericht von 1887 über die Rechtsanwaltschaft sagt, ist wohl geeignet, unsere Voraussicht zu bestätigen. Derselbe läßt auch erkennen, daß bezüglich der Freigabe der Rechtsanwaltschaft eine ruhigere Auffassung Platz gegriffen hat. Es heißt in dem Berichte S. 24—26:

„Der Bericht vom Jahre 1882 glaubte noch der Hoffnung Ausdruck geben zu dürfen, daß sich die Befürchtung derer, welche von der Freigabe der Advokatur ein übermäßiges Anwachsen in der Zahl der Rechtsanwälte besorgten, nicht bestätigen würde.

Die seit jener Zeit gemachten Erfahrungen haben aber jene Befürchtungen keineswegs als unbegründet erwiesen. Denn die zu Ende des Jahres 1881 vorhandene Zahl der Anwälte: 1986, ist zu Anfang des Jahres 1887 bis auf 2679 gestiegen. Freilich ist in jenem Zeitraum auch die Seelenzahl in der Preußischen Monarchie gleichfalls um etwa 1100000, also um etwa 4 Prozent, gewachsen, immerhin aber steht diese Steigerung mit der in der Zahl der Rechtsanwälte um 693, also um etwa 35 Prozent erfolgten, in keinem angemessenen Verhältnisse.

Von den 693 Anwälten, um welche sich die Gesammtzahl vermehrt hat, fallen auf Orte, welche den Sitz eines Kollegialgerichts bilden, 408, und davon kommen auf die Stadt Berlin allein 172. — Hier ist in den seit dem Berichte von 1882 verflossenen fünf Jahren die Zahl der Anwälte von 190 auf 362, also um 90 Prozent, gewachsen, während die Einwohnerzahl in derselben Zeit um etwa 200000, also nur um etwa 18 Prozent zugenommen hat. Beim Landgericht I war die Zahl der Anwälte 154 und beträgt zur Zeit 294.

Aus dieser Steigerung werden vielfach, und zwar auch aus der Mitte der Anwaltskammern

selbst, Schäden für den zukünftigen Stand der Anwaltschaft gefürchtet. Als ein Mittel dagegen wird vorgeschlagen, die Zahl der zuzulassenden Rechtsanwälte, mindestens in den großen Städten, zu fixiren, oder wie der technisch hergebrachte Ausdruck lautet: einen numerus clausus einzuführen. Ein anderes Abhülfemittel glauben Andere darin zu finden, die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft an die Bedingung einer vorangegangenen mehrjährigen Beschäftigung bei den Gerichten zu knüpfen, weil dadurch verhütet würde, daß junge Männer, die nur eben zu Assessoren ernannt worden, in die selbständige und verantwortungsvolle Stellung eines Anwalts aufrückten. Den hier gekennzeichneten Befürchtungen und Auskunftsmitteln gegenüber fehlt es nicht an gewichtigen Stimmen im praktischen Rechtsleben bewährter Männer, welche jene Befürchtungen überhaupt für unbegründet, mindestens für übertrieben erklären und es darum auch keineswegs für angezeigt erachten, der erst vor wenigen Jahren eingeführten freien Advokatur schon heute beengende Schranken aufzuerlegen. Denn — so argumentiren die Vertheidiger des bestehenden Zustandes — in einer ganzen Anzahl von Provinzen, z. B. in Pommern, Schleswig-Holstein, Hannover, Hessen-Nassau hat ein Anwachsen in der Zahl der Anwälte überhaupt nicht stattgefunden, ein solches zeigt sich vielmehr wesentlich nur in größeren Städten, namentlich in der Hauptstadt des Landes. Schon in einem viel geringeren Grade mache sich diese Erscheinung in den Provinzialhauptstädten, wie Breslau, Cöln und Königsberg, bemerkbar und in den mittleren und kleinen Städten habe sie ganz und gar nicht stattgefunden. Der Drang nach Berlin und anderen großen Städten finde aber seine Erklärung in dem natürlichen Wunsche der unbesoldeten Assessoren, durch Niederlassung an einem, an der Einwohnerzahl stetig zunehmenden, die verschiedenartigsten Hülfsquellen darbietenden Orte sich baldmöglichst eine wirthschaftlich auskömmliche Lebensstellung zu verschaffen. Ueberhaupt aber mache sich bereits ein Rückgang in der Neigung zur Niederlassung in großen Städten erkennbar; denn es zeige sich schon jetzt unter den zur Rechtsanwaltschaft übergehenden jungen Juristen ein Zug nach kleineren Städten; dies dürfe als ein Zeichen gesunder Entwickelung angesehen werden und berechtige zu der Hoffnung, daß die jetzt allerdings vorhandene Ueberfüllung mit Anwälten in den großen und der auf der anderen Seite vorhandene Mangel an denselben in kleineren Orten nach und nach aufhören und eine richtigere Vertheilung derselben allmälig Platz machen werde.

Es darf dahingestellt bleiben, ob diese gute Zuversicht sich in naher Zukunft erfüllen wird. Die Thatsache spricht jedenfalls für die Vertheidiger des bestehenden Zustandes, daß bereits jetzt von den obengedachten 698 Rechtsanwälten 285 auf Orte entfallen, an welchen sich kein Kollegialgericht befindet. Während Ende 1881 auf solche Orte nur 723 Anwälte kamen, betrug die Anzahl der letzteren zu Anfang des laufenden Jahres schon 1 008, und die Zahl derjenigen Anwälte, welche ausschließlich bei einem Amtsgerichte, nicht auch zugleich bei dem betreffenden Landgerichte, zugelassen sind und somit jederzeit den Gerichtseingesessenen ihres engeren Bezirks zu Gebote stehen, hat sich in den letzten Jahren in Folge Ausscheidens älterer Anwälte und des Hinzutretens des neuen Zuwachses von 197 auf 650 vermehrt, mithin mehr als verdreifacht.

Um die wünschenswerthe Dezentralisation möglichst zu begünstigen, befolgt die Justizverwaltung den Grundsatz, solchen Rechtsanwälten, welche sich an den kleinen Amtsgerichtssitzen niederlassen, das Notariat zeitiger zu verleihen, als dies bei denjenigen Rechtsanwälten geschieht, welche große Orte zu ihrer Niederlassung wählen.

Schließlich darf ich der Verhältnisse in dem Bezirke des Oberlandesgerichts in Cöln einer besonderen Erwähnung thun. Dort hat bis in die neueste Zeit die Niederlassung von Anwälten bei den Amtsgerichten nur in beschränkter Weise stattgefunden. Das eben bezeichnete Mittel, durch Verleihung des Notariats junge Juristen zur Niederlassung als Anwälte bei den Amtsgerichten anzuregen, versagt sich im Gebiete des Rheinischen Rechts, weil die Rheinische Notariatsordnung die Vereinigung des Notariats mit der Anwaltschaft (Advokatur) verbietet. Ein auf Befehl Eurer Majestät dem Provinziallandtage zur Zeit vorliegender Gesetzentwurf hat sich die Aufgabe gestellt, jenes gesetzliche Hinderniß zu beseitigen, indem er eine Verbindung der Rechtsanwaltschaft mit dem Notariate auch in dem Gebiete des Rheinischen Rechts für zulässig erklärt.

Es steht dahin, ob es gelingen wird, diesen Gedanken, der — wie ich nicht verschweigen darf — in den Kreisen der Anwälte und Notare selbst vielem Widerspruch begegnet, zur Anerkennung durch die Gesetzgebung zu bringen. Inzwischen habe ich durch Anordnungen im Aufsichtswege darauf hinzuwirken gesucht, für die Parteivertretung, welche zur Zeit am Rhein

> vielfach durch Personen geübt wird, die nicht dem gelehrten Anwaltsstande angehören, strengere Grenzen zu ziehen, um hierdurch den Boden für Niederlassung von Anwälten bei den Amtsgerichten thunlichst vorzubereiten.
>
> Endlich darf ich mit Genugthuung davon Zeugniß ablegen, daß die Vorstände der Anwaltskammern die ihnen beiwohnende Befugniß zur Aufsicht und der ehrengerichtlichen Strafgewalt über die Mitglieder der Kammern überall mit Ernst und Strenge üben."

In Anbetracht dieses ehrenvollen Zeugnisses dürfen wir die bestimmte Erwartung aussprechen, daß der Herr Minister der Anerkennung, welche er den Vorständen der Preußischen Anwaltskammern und den Ehrengerichten hat zu theil werden lassen, auch darin Folge giebt, daß er lediglich ihnen überläßt, was zu thun ihres Amtes ist, und daß er auch die vom Gesetze geordneten Vertretungen befragt, wenn es sich um Angelegenheiten des Standes handelt. Das wird der Rechtspflege zum Wohle gereichen und das Vertrauen des Standes zu den Justizverwaltungen in erfreulicher Weise befestigen.

M.

Vom Reichsgericht.*)

Wir berichten über die im Monat Dezember 1887 ausgefertigten Civilerkenntnisse.

1. **Die Reichsjustizgesetze.**

Zum Gerichtsverfassungsgesetz.

1. Bestimmt sich die Eigenschaft eines Streites als einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit und damit die Zulässigkeit des Rechtsweges nach der Natur des mit der Klage verfolgten Anspruchs, nicht nach der Art eines für die Entscheidung präjudiziellen Rechtsverhältnisses und kann es hiernach keinem Zweifel unterliegen, daß für den erhobenen negatorischen Anspruch der Rechtsweg zulässig ist. III. C. S. i. S. Weidemann u. Gen. c. Stadelmann vom 6. Dezember 1887, Nr. 159/87 III.

2. Grundsätzlich untersteht der Reichsfiskus wie jede andere juristische Person der Landesgesetzgebung. Er hat wegen obligatorischer Ansprüche seinen allgemeinen Gerichtsstand nach § 20 C. P. O. an dem Sitze der zu seiner Vertretung berufenen Behörde, den dinglichen nach § 25 an dem Gerichte der belegenen Sache, die von ihm abgeschlossenen Geschäfte und ebenso die von ihm zu vertretenden Delikte sind nach den landesgesetzlichen Vorschriften zu beurtheilen. Diese Regel tritt nur dann außer Anwendung, wenn das Reich innerhalb des durch die Reichsverfassung seiner Zuständigkeit überwiesenen Gebietes die Landesgesetzgebung ausschließt. Der ausschließlichen Zuständigkeit des Reiches unterliegt nun nach der Reichsverfassung die Organisation seiner Behörden, die Bestimmung über die Amtsbefugnisse und Pflichten, sowie die rechtliche Stellung seiner Beamten, das vermöge dieser Verfassungsbestimmung erlassene Reichsbeamtengesetz vom 31. März 1873 beseitigt also die Landesgesetzgebung, soweit es über die Verhältnisse der Beamten ausdrückliche Bestimmungen enthält, oder die Absicht des Gesetzgebers erkennen läßt, die von ihm erörterten Materien der Autonomie der Einzelstaaten zu entziehen. Aber das Gesetz selbst giebt schon zu erkennen, daß es die aus der Stellung seiner Beamten hervorgehenden Rechtsverhältnisse nicht erschöpfend habe regeln wollen, indem es in § 154 die Zulässigkeit von Klagen wider Reichsbeamte wegen Ueberschreitung der amtlichen Befugnisse oder pflichtwidrigen Unterlassung von Amtshandlungen unterstellt, ohne die materiellen Voraussetzungen dieser Ansprüche zu bestimmen, also bezüglich des zu vertretenden Grades der Verschuldung den von einander abweichenden landesgesetzlichen Vorschriften Raum läßt. Das Gesetz hat nun zwar die den Beamten aus ihrem Dienstverhältnisse erwachsenden Ansprüche gegen den Reichsfiskus möglichst erschöpfend behandelt und es ließe sich wohl annehmen, daß ein Anspruch aus dem Dienstverhältnisse nicht bestehe, wenn er nicht aus dem Gesetze selbst begründet werden könne. Es enthält aber keine Bestimmungen darüber, inwiefern der Fiskus für ein außervertragliches Verschulden seiner Beamten einzustehen habe. Durch dieses Schweigen wird die Haftbarkeit des Fiskus nach der vermuthbaren Absicht des Gesetzgebers nicht ausgeschlossen, sondern deren Beurtheilung der Landesgesetzgebung unterstellt. Es findet daher, wie das R. G. wiederholt entschieden hat (II 366/86 und II 71/87), für die wider den Reichsfiskus erhobene aquilische Klage, im Gebiete des Rheinischen Rechts, der Art. 1384 des B. G. B. Anwendung. II. C. S. i. S. Reichspostfiskus c. Reinert vom 4. November 1887 Nr. 168/87 II.

3. Die Hamburgische Gesetzgebung hat in § 75 des Ausführungsgesetzes zum G. V. G. von der in § 70 Abs. 3 des letztern den Landesgesetzgebungen gegebenen Befugniß Gebrauch gemacht, indem sie die sämmtlichen in diesem Absatz 3 aufgeführten Arten von Ansprüchen dem L. G. ausschließlich zugewiesen hat. Nun gehört aber der hier fragliche Klaganspruch im Sinne der genannten Gesetzesbestimmung zu den „Ansprüchen gegen den Staat wegen Verfügungen der Verwaltungsbehörden". Zwar scheinen unter diese Kategorie bei streng wörtlicher Auslegung nur solche Ansprüche zu fallen, welche eine Leistung des Staates selbst, insbesondere der Staatskasse, an den Kl. zum Gegenstande haben, und zwar eine Leistung, zu welcher der Staat durch die betreffende behördliche Verfügung erst verpflichtet worden sein soll, also namentlich Entschädigungsansprüche: und von einem solchen Anspruche ist hier freilich nicht die Rede. Für die vorliegende Klage ist eine doppelte Auffassung möglich. Betont man mehr ihre Richtung gegen die von der Behörde getroffene Verfügung, daß die fraglichen Personalpapiere des Kl. einstweilen zurückzuhalten seien, so handelt es sich eigentlich nicht sowohl um eine Klage gegen den Staat, als um eine Klage gegen die Behörde als solche „auf Abhülfe" (vgl. § 29 des angeführten Hamburgischen Gesetzes vom 23. April 1879), d. h. auf Aufhebung jener Verfügung; allerdings eine Klage von wesentlich publicistischem Charakter. Hält man sich dagegen nur daran, daß auch ohne alle Bezugnahme auf eine in der Mitte liegende behördliche Verfügung der gegenwärtige Klaganspruch, als Vindication der Papiere oder als persönliche Klage aus einem contractsähnlichen Verhältnisse, in schlüssiger Weise erhoben sein könnte, so mag dann bei dieser rein privatrechtlichen Auffassung wohl der durch die Behörde vertretene

*) Nachdruck ohne Angabe der Quelle verboten.

Staat als der eigentliche Bekl. erscheinen; dann aber scheint andrerseits der Anspruch wiederum nicht eigentlich „wegen einer Verfügung einer Verwaltungsbehörde“ erhoben zu sein. Gerade auch das hier zunächst maßgebende Hamburgische Gesetz vom 23. April 1879 macht wenigstens im Allgemeinen diese Unterscheidung, insofern es in § 24 Abs. 1 von „contractlichen und andern privatrechtlichen Verhältnissen“ spricht und jede aus solchen gegen eine Staatsbehörde zu erhebende Klage einfach vor die Gerichte verweist, dann aber in § 24 Abs. 2 hinzufügt, außerdem könne wegen Verletzung von Privatrechten durch Verfügungen oder Maßregeln von Verwaltungsbehörden, soweit sie nicht unter gewisse andere Bestimmungen fallen, gegen die betreffende Verwaltungsbehörde Klage vor den Gerichten erhoben werden, und für diese Fälle dann in den folgenden Paragraphen noch besondere Vorschriften giebt. Jedoch entspricht es dem Sinne des § 70 Abs. 3 des G. V. G. mehr, in Fällen, wo einmal, wie hier, eine das behauptete Recht verletzende förmliche „Verfügung“ der Behörde in der Mitte liegt und auch in der Klage ausdrücklich erwähnt wird, die letztere als „wegen“ dieser Verfügung erhoben gelten zu lassen; denn sonst würde für die Regelung der Zuständigkeit eine Unterscheidung maßgebend sein, deren Feinheit für die praktische Anwendung um so bedenklicher wäre, als sich die richtige Auffassung in dieser Hinsicht oftmals erst durch die materielle Erörterung der Sache klar herausstellen würde. Und was andrerseits die Entgegensetzung der Behörde und des Staates selbst als möglicher Bekl. anlangt, so erscheint es gleichfalls als wahrscheinlicher, daß dem Gesetzgeber des G. V. G. diese nicht zum klaren Bewußtsein gekommen ist, und daß er vielmehr **alle** wegen Verfügungen staatlicher Verwaltungsbehörden gegen diese selbst oder gegen den Staat zu erhebenden Klagen, soweit dieselben durch das betreffende Landesrecht überhaupt auf den Weg des bürgerlichen Rechtsstreites verwiesen sind, unter der Bezeichnung „gegen den Staat“ hat zusammenfassen wollen; denn einerseits trifft der innere Grund der Gesetzesbestimmung offenbar bei allen diesen Klagen in gleicher Weise zu, und andrerseits ist auch die hier hervorgehobene Unterscheidung bei der wissenschaftlichen Erörterung dieser Materie bisher wenig zur Sprache gekommen. Es kommt hinzu, daß doch auch die **gegen eine Behörde** erhobenen Prozesse der fraglichen Art von jener jedenfalls **auf Kosten** der Staatskasse geführt werden, und daß, was speciell die hier zunächst in Frage kommenden **Hamburgischen** Einrichtungen anlangt, in dem mehrfach angeführten Gesetze vom 23. April 1879 die Klagen „auf Abhülfe“ und „auf Entschädigung“ zunächst ganz gleichmäßig als **gegen die betreffende Behörde** gerichtet aufgefaßt sind, während dann doch der § 30 des Gesetzes, wie natürlich, bestimmt, daß Alles, was in Folge rechtskräftigen Richterspruches eine verklagte Behörde in Gemäßheit dieses Gesetzes dem Kläger **zu ersetzen** habe, dem letztern **aus der allgemeinen Staatskasse** zu zahlen sei. VI. C. S. i. S. Hamburger Polizeibehörde c. Ziegler vom 21. November 1887 Nr. 222/87 VI.

Zur Civilprozeßordnung.

4. Für Klagen, durch welche das Eigenthum, eine dingliche Belastung oder die Freiheit von einer solchen geltend gemacht wird, für Grenzscheidungs-, Theilungs- und Besitzklagen ist, sofern es sich um unbewegliche Sachen handelt, nach § 25 der C. P. O. das Gericht ausschließlich zuständig, in dessen Bezirke die Sache belegen ist. In dem dinglichen Gerichtsstande kann nach § 26 der C. P. O. mit der hypothekarischen Klage die Schuldklage und mit der Klage auf Löschung einer Hypothek die Klage auf Befreiung von der persönlichen Verbindlichkeit erhoben werden, wenn die verbundenen Klagen gegen denselben Bekl. gerichtet sind. Nach der Meinung vieler Kommentatoren und Rechtslehrer gehört die Klage auf Löschung einer Hypothek dann, aber auch nur dann vor das dingliche Forum, wenn dieselbe als eine dingliche Klage angestellt ist, nicht aber, wenn ein persönlicher Anspruch auf Befreiung den Grund der Klage bildet. (Vergl. die Kommentare zur C. P. O. von Gaupp, Förster, Kleiner, Petersen, Puchelt, Reincke, Seuffert, Siebenhaar, Struckmann und Koch, Wilmowski und Levy in den betreffenden Erörterungen zum § 25 der C. P. O. und das Lehrbuch von Ranck § 16). Nach dieser Ansicht wird daher stets zu prüfen sein, ob nach den Grundsätzen des im einzelnen Fall maßgebenden bürgerlichen Rechts die Klage auf Löschung als eine persönliche oder dingliche Klage aufzufassen ist und das forum rei sitae wird nur dann Platz greifen, wenn nach civilrechtlichen Grundsätzen der Anspruch als ein dinglicher charakterisirt werden darf. Eine andere Ansicht geht dahin, daß es nicht auf den Grund, sondern auf den Antrag der Klage ankomme, und daß daher der Gerichtsstand der belegenen Sache überall da begründet sei, wo das Recht, dessen Beseitigung die Klage anstrebe, einem Grundstück anhafte, also jedem Dritten gegenüber stehe (vergl. Hellmann Kommentar § 25 Note 2, und Lehrbuch S. 119; Sarwey Kommentar § 26 Note 3; Wach Handbuch S. 441; Entscheidungen des R. G. Bd. 15 S. 386; Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern Bd. 9 S. 19). Diese Ansicht, von welcher auch die Vorinstanzen ausgegangen sind, mußte für die richtige erachtet werden. Wird näher begründet. III. C. S. i. S. Vogel c. Vogel vom 25. Oktober 1887 Nr. 147/87 III.

5. Nachdem beide Parteien sich auf den Inhalt der Strafakten bezogen und auf Grund derselben mündlich verhandelt hatten, war es dem Richter nicht verwehrt, die Vernehmungsprotokolle als öffentliche Urkunden zur Bildung seiner Ueberzeugung zu benutzen. Die Strafakten boten in vorliegender Sache eine besondere Gewähr für die Ermittelung der Wahrheit, weil die eidliche Vernehmung des Sachverständigen protokollirt war, und die Urtheilsgründe ergaben, daß die Zeugen, soweit sie überhaupt eidesmündig waren, bei der eidlichen Vernehmung die gleichen Aussagen gemacht hatten, wie in der Voruntersuchung. Es war daher an sich nicht unstatthaft, aus dem Ergebnisse der Strafakten auf die Unerheblichkeit der im Civilprozesse erbotenen Beweise zu schließen. II. C. S. i. S. Stadt Crefeld c. Ochel vom 9. Dezember 1887 Nr. 216/87. II.

6. Wie bereits früher Entscheidung des R. G. Bd. 12 S. 391 näher ausgeführt worden ist, kann das im § 230 der C. P. O. aufgestellte Erforderniß der Bestimmtheit des Klageantrags bei einer auf Feststellung „des Bestehens oder Nicht-Bestehens eines Rechtverhältnisses“ im Sinne des § 231 gerichteten Klage nicht dahin verstanden werden, daß dieselbe deutlich erkennen lassen müsse, was der Kl. quantitativ und qualitativ fordert. Es muß vielmehr genügen, wenn das Rechtsverhältniß, aus welchem überhaupt ein Anspruch erwächst

oder erwachsen wird, genügend bestimmt bezeichnet ist. Das ist hier in der Klage geschehen und wenn demgemäß in dem Urtheil ganz allgemein festgestellt wird, daß Bekl. allen erwachsenen oder noch erwachsenden Schaden zu ersetzen habe, so entspricht dies völlig der Prozeßlage, und war es keineswegs geboten, auf den Umfang und die Art des zu ersetzenden Schadens einzugehen. Dies konnte sich aber nicht dadurch ändern, daß der Kl. selbst den Schaden näher qualifizirt und der B. R. auf eine Prüfung auch dieses Vorbringens in den Entscheidungsgründen eingegangen ist. Bedurfte es dieser Prüfung zur Entscheidung über den Klageantrag nicht, so kann dieser Entscheidung auch das Eingehen auf die Prüfung nicht präjudiziren und nicht je nach deren Ausfall eine Beschränkung derselben erfordern. III. C. S. i. S. Braunschweigische Eisenbahn c. Weinhardt vom 22. November 1887 Nr. 138/87 III.

7. Allerdings hat der Richter dann, wenn die zur Zeit der Klagerhebung noch nicht fällige Klagforderung zur Zeit des Urtheils fällig geworden ist, diesen Eintritt der Fälligkeit im Urtheil zu berücksichtigen. Nun mag auch zugegeben werden, daß diesem Fall der der kassatorischen Klausel dann gleichzustellen ist, wenn der Verfall der geklagten Forderung oder des erhobenen Anspruchs damit von selbst eintritt, wenn der Bekl. bei dem mit dem Fortschreiten der Zeit eingetretenen neuen Termine unthätig geblieben ist: Also etwa, wenn die Fälligkeit des Kapitals damit eintritt, daß der Schuldner die Zinsen *nicht bringt*, und nun, nachdem wegen der Säumigkeit des Schuldners an einem Zinstermine Klage auf das Kapital erhoben ist, sich hierüber Streit erhebt, und nun im Laufe des Prozesses ein neuer Zinstermin eintritt, ohne daß der Bekl. darlegen kann, daß er jetzt die Zinsen bezahlt habe. In einem ähnlichen Falle hat das R. G. ausgesprochen, es sei dem Kl. zu gestatten, die kassatorische Klausel auch mit Bezug auf diejenigen Terminsraten zur Geltung zu bringen, welche nach Zustellung der Klage fällig geworden sind. III. 398/85 vom 18. Mai 1886 bei Bolze Bd. 3, 581. Hier liegt aber der Fall anders. Wenn auch die Fälligkeit der Zinsen mit den betreffenden Quartalstagen von selbst eintritt, so muß doch der Gläubiger, damit der Schuldner zahlen kann, den Zinskupon bringen. Die Kapitalzahlung wird nicht verwirkt, wenn der Gläubiger den Zinskupon nicht gebracht hat. Darum gehört zur Begründung der Klage die Behauptung der Thatsache, daß der Kl. am Zinsfälligkeitstage oder nach demselben den betreffenden Zinskupon vergeblich präsentirt habe. Daß der Kl. auch am 2. Januar den Zinskupon vergeblich präsentirt habe, so daß in Folge hiervon, wenn nicht schon zuvor das Kapital fällig geworden sei, ist ein anderer Thatbestand als der, daß der Zinskupon am 1. Juli vergeblich präsentirt sei. Kl. kann ohne Klagänderung nicht jenen anderen Thatbestand in einem Prozesse zur Geltung bringen, in welchem die Verwirkung des Kapitals aus diesem Thatbestand einer früheren Präsentation an einem zuvor eingetretenen Zinstermine abgeleitet ist. I. C. S. i. S. Kohl c. Hannov. Asphaltgesellschaft vom 2. Dezember 1887 Nr. 297/87 I.

8. Es ist zweifellos unstatthaft, den Beweisantrag einer Partei (abgesehen von dem singulären Falle des § 411 C. P. O.) *lediglich* deshalb abzulehnen, weil der Richter bereits von dem Gegentheil überzeugt sei. Vielmehr bedarf es solchenfalls noch der motivirten Feststellung, daß das Ergebniß des beantragten Beweises, wie es auch ausfallen möge, eine veränderte Ueberzeugung nicht würde begründen können. IV. C. S. i. S. Hildebrand c. Voß vom 1. Dezember 1887 Nr. 378/87 IV.

9. Was die Existenz des Schadens betrifft, so ist es zunächst klar, daß ein Kauflustiger durch einen Irrthum, vermöge dessen er den zeitigen Miethsertrag des zu kaufenden Hauses für höher hält, als derselbe in Wahrheit ist, dem Verkäufer gegenüber in eine ungünstige Position versetzt wird, und im Resultat für den unter dem Einfluß dieses Irrthums bewilligten Kaufpreis ein minder werthvolles Objekt erwirbt, als er erwerben will und zu erwerben glaubt. Hierin kann ohne Rechtsirrthum ein Schaden gefunden und zwar selbst dann gefunden werden, wenn der *objektive* Werth der verkauften Sache hinter dem Kaufpreise nicht zurückbleibt. Denn für den Käufer deckt sich der Kaufpreis mit dem Werthe der Sache, den er derselben beimißt und er erleidet einen Nachtheil, wenn der Werth der Sache (ohne Rücksicht auf den Kaufpreis) sich als geringer erweist, als er bei Abschluß des Vertrages angenommen hat und annehmen durfte. Wenn in solchem Fall der Richter die Existenz eines Schadens feststellt, und die Höhe desselben unter Würdigung aller Umstände nach seiner Ueberzeugung bemißt, so macht er von der im § 260 der C. P. O. ihm gegebenen Befugniß Gebrauch, deren Grenzen der Richter im vorliegenden Fall nicht überschritten hat. Einer spezielleren Motivirung des die Höhe des Schadens auf 5000 Mark bestimmenden richterlichen Ermessens bedarfte es nicht. V. C. S. i. S. Sorsky c. Bieler vom 3. Dezember 1887 Nr. 221/87 V.

10. Der Vorderrichter hat nicht verkannt, daß nicht bloß über das Vorhandensein und die Größe eines Schadens, sondern auch über jenen Kausalzusammenhang nach § 260 der C. P. O. das *freie richterliche Ermessen* entscheidet. Derselbe vermißt aber in den Verhandlungen die erforderlichen thatsächlichen Anhaltspunkte zur Ausübung jenes richterlichen Ermessens, indem er zugleich feststellt, daß nach dem eigenen Anführen der Kl. nur die zur Begründung einer Schadensersatzforderung nicht ausreichende *Möglichkeit* von vortheilhaften Geschäftsabschlüssen vorgelegen habe. Damit ist ausgesprochen, daß der urtheilende Richter außer Stande sei, das *Vorhandensein eines wirklichen Schadens in Folge* der zeitigen Sperre anzunehmen. Er konnte mithin auch nicht die *Größe* des den Kl. angeblich entgangenen Gewinnes arbitriren. Richtig ist zwar, daß die Arbitrirung eines von dem Verpflichteten zu ersetzenden Schadens nach dem *Gesammtergebnisse der Verhandlungen* zu erfolgen hat und der Richter dabei weder an die von den Parteien beantragte Beweisaufnahme gebunden, noch ein Beweisangebot zu verlangen berechtigt ist, — vergl. Reichsgerichtsentscheidungen Bd. IX Nr. 120 S. 418 Bd. X Nr. 47 S. 175 — daß daher das angefochtene Erkenntniß insofern zu Bedenken Veranlassung giebt, als es *bestimmte Beweisangebote* der Kl. über einzelne erhebliche Thatumstände verlangt. Allein das Urtheil *beruht* nicht hierauf, sondern auf der Erwägung, daß die Kl. diejenigen Thatsachen, welche allein den erhobenen Ersatzanspruch zu begründen geeignet seien, *nicht einmal behauptet* habe, und es muß dabei nach Lage der Sache davon ausgegangen werden, daß der B. R. auch im Uebrigen in den Verhandlungen keine Anhaltspunkte für die Ermittelung eines dem Kl. durch die Anlegung der zeitigen Sperre zugefügten

Schadens gefunden hat. III. C. S. i. S. Daub c. Scholl vom 25. November 1887, Nr. 152/87 III.

11. Es kann dahin gestellt bleiben, ob, wie behauptet worden ist, das Theilurtheil eine Kostenentscheidung überhaupt nicht enthalten dürfe; jedenfalls ist anzuerkennen, daß nicht immer schon bei Erlaß des Theilurtheils eine Entscheidung über die Kosten möglich ist und daß deshalb die C. P. O., welche nicht bloß den Erlaß von Theilurtheilen gestattet, sondern denselben sogar, wo er möglich und angemessen ist, vorschreibt (§ 273), damit auch zugelassen hat, daß die Kostenentscheidung im Endurtheil nachgeholt wird. Daraus folgt, wenn man nicht der Gesetzgebung die Absicht einer empfindlichen Verkümmerung der Parteirechte im Instanzenzuge unterlegen will, wozu kein Anhalt vorliegt, daß die C. P. O. das Endurtheil, insoweit es das vorangegangene, eine Kostenentscheidung nicht enthaltende, sondern dem Endurtheil, sei es ausdrücklich, wie hier, oder stillschweigend vorbehaltende Theilurtheil ergänzt, in diesem Punkte eben als Vervollständigung des Theilurtheils, also mit demselben als ein einheitliches Ganzes aufgefaßt wissen will, welches von der gegen das Theilurtheil in zulässiger Weise eingelegten Revision mit erfaßt wird. V. C. S. i. S. Pötsch c. Centrum vom 7. Dezember 1887 Nr. 226/87 V.

12. Die Revision rügt mit Recht, daß der B. R. das erstinstanzliche Urtheil irrigerweise für ein Zwischenurtheil im Sinne des § 275 der C. P. O. und deshalb die Berufung für unzulässig gehalten habe, während das Urtheil in Wirklichkeit ein Endurtheil sei. Der I. R. hat nach Form und Inhalt ein Endurtheil erlassen wollen und hat ein solches erlassen, indem er die Bekl. dem Hauptklageantrage entsprechend ohne allen Vorbehalt verurtheilt hat, das eingeleitete Kollokationsverfahren unverzüglich fort- und zu Ende zu führen. Mit dieser sich schon durch die Urtheilsformel als Endurtheil charakterisirenden Entscheidung stehen auch die Gründe des ersten Richters, auf deren Richtigkeit es zunächst nicht ankommt, im Einklange. Dieselben erklären die gegen die Klage vorgebrachte Einrede für nicht berücksichtigungswerth, weil sie „bis jetzt durch nichts“ erwiesen sei und nehmen deshalb die Klage als begründet an. Dagegen soll nur vorbehalten bleiben die Entscheidung über die mit der Widerklage geltend gemachten Ansprüche der Bekl. Es liegt somit hinsichtlich der Klage ein Endurtheil (Theilurtheil) im Sinne von § 273 der C. P. O. vor und kann nicht für zutreffend erachtet werden, wenn der B. R. sagt, daß der erste Richter nur über einen vorweggenommenen Bestandtheil der Entscheidung erkannt habe. Das Urtheil des L. G. würde so, wie es erlassen ist, ohne Zweifel mit der erreichten Rechtskraft vollstreckbar sein, da es eine vorbehaltlose Verurtheilung der Bekl. ausspricht. Dem O. L. G. mag darin beigepflichtet werden, daß der I. R. auch nicht über die Klage hätte erkennen dürfen, weil die zur Begründung der Widerklage vorgebrachten Behauptungen zugleich auch als Einrede gegen die Klage geltend gemacht und noch nicht endgültig geprüft waren. Aber der B. R. verwechselt das, was der I. R. hätte thun sollen, mit dem, was er wirklich gethan hat. War der B. R. der Ansicht, daß das Verfahren in I. J. an einem wesentlichen Mangel leide, so hatte er in Erwägung zu ziehen, ob das Urtheil nach § 501 der C. P. O. aufzuheben und die Sache in die I. Inst. zurückzuverweisen sei, damit sie nunmehr in die richtigen Wege geleitet werde. Statt dessen hat er die Berufung für unzulässig erklärt und dadurch die §§ 472 und 275 der C. P. O. verletzt. Das B. U. unterliegt daher der Aufhebung und mußte die Sache, da sie nicht spruchreif ist, in die Berufsinstanz zurückverwiesen werden. Die vorstehende Ausführung rechtfertigt zugleich in Verbindung mit dem Umstande, daß die Unzulässigkeit der Berufung von den Berufungsbeklagten nicht behauptet worden war, die Niederschlagung der Gerichtsgebühren der Revisionsinstanz (§ 6 des G. K. G.). II. C. S. i. S. Knubben c. Schraut vom 22. November 1887 Nr. 183/87 II.

13. Es kann gegen die, die Zeugnißweigerung als unbegründet erklärende Entscheidung einer Prozeßpartei ein Beschwerderecht überhaupt nicht zugestanden werden. Zwar bestimmt § 352 der C. P. O. allgemein, daß über die Rechtmäßigkeit der Weigerung vor dem Prozeßgerichte nach Anhörung „der Parteien“ entschieden werde, und daß gegen dieses Zwischenurtheil sofortige Beschwerde stattfinde. Es will ferner nicht verkannt werden, daß die Gegenpartei des Produzenten an der Nichtvernehmung der das Zeugniß weigernden Person ein Interesse haben kann. Gleichwohl sprechen überwiegende Gründe für die hier vertretene Rechtsansicht. Zunächst handelt es sich um ein Recht der Partei, welche den Zeugen vorgeschlagen hat, daß dieser nicht ohne gesetzlichen Grund das Zeugniß weigere; denn das Gesetz statuirt die Verpflichtung zur Zeugnißablage: vgl. § 355 der C. P. O. Diese Verpflichtung gehört dem öffentlichen Rechte an und wird von Amtswegen erzwungen: eod., sofern nicht die beweisführende Partei auf Vernehmung des Zeugen verzichtet, was ihr jederzeit freisteht; ist jedoch der Zeuge im Termin erschienen, so kann der Gegner verlangen, daß der Zeuge vernommen werde; das Recht auf Vernehmung geht sohin unter Umständen auf die Gegenpartei über. § 364 ibid. Dagegen haben die Parteien kein Recht darauf, daß ein Zeuge, auf welchen nicht wirksam verzichtet ist, nicht vernommen werde. Dieses Recht steht blos dem Zeugen zu, wofern er einen Grund geltend machen kann, welchen das Gesetz als so wichtig anerkennt, daß vom Principe des Zeugnißzwanges abgesehen und im Interesse des Zeugen eine Ausnahme statuirt wird. Diese Ausnahmen sind (abgesehen vom § 341) in den §§ 348 und 349 der C. P. O. enthalten. Macht der Zeuge von solchem Rechte Gebrauch, so entsteht, wie die Motive zum Entwurfe § 340 — jetzt 352 — sich ausdrücken, über die Rechtmäßigkeit der Weigerung zwischen der beweisführenden Partei (welche unter Umständen im Falle des § 364 auch diejenige Partei sein kann, welche den Zeugen nicht selbst vorgeschlagen hat) und dem Zeugen ein Zwischenstreit, indem das Recht auf Zeugnißablage dem Rechte zur Zeugnißverweigerung gegenübersteht. Dagegen kann ein Recht der Partei auf Nichtvernehmung des Zeugen, außer in der Form des Verzichtes unter den Voraussetzungen des § 364, nicht anerkannt werden. Das faktische Interesse der Gegenpartei des Beweisführers an Nichtvernehmung des Zeugen aber erzeugt noch nicht die Legitimation zur Anfechtung des die Weigerung des Zeugen zurückweisenden Gerichtsbeschlusses. VI. C. S. i. S. Reinhard c. Wernicke vom 28. November 1887, B. Nr. 134/87 VI.

14. Mit Recht rügt der Bekl., daß der dem Kl.

im ersten Urtheil auferlegte und von dem B. G. gebilligte richterliche Eid unzuläßig ist. Der Kl. hat seine Klage nicht darauf gestützt, daß kraft einer neben dem scheiftlichen Vertrage unter den Parteien getroffenen mündlichen Vereinbarung eine fünfjährige Dauer des Vertrages verabredet sei. Er beruft sich vielmehr lediglich auf den zwischen den Parteien geschlossenen schriftlichen Vertrag vom 27. November 1883, aus welchem er ableiten will, daß der Vertrag auf eine Zeit von 5 Jahren abgeschlossen sei. Wenn aber ein Vertrag urkundlich festgestellt wurde, so ist es Sache des Richters darüber zu urtheilen, ob diejenigen Rechte, welche eine Partei aus demselben geltend macht, ihr in dem Vertrage gewährt worden sind oder nicht. Führt diese Prüfung nicht zu einem bestimmten Ergebniß, weil der Vertrag in diesem Punkte der erforderlichen Klarheit ermangelt, und sind auch andere gesetzlichen Vorschriften nicht gegeben, nach welchen in solchem Fall zu Gunsten der einen oder anderen Partei zu erkennen ist, so ist ein Eid darüber, was die Parteien vereinbart haben, unzuläßig, vielmehr die Abweisung der Klage geboten. Denn da die Vereinbarung in dem schriftlichen Vertrage enthalten sein soll, so würde dem Urtheile des Schwörenden die Auslegung des Vertrages überlassen sein, was nach § 410 und § 437 der C. P. O. unstatthaft erscheint. Dagegen ist es in solchem Fall, wo der schriftliche Vertrag dunkel oder zweifelhaft ist, nicht ausgeschlossen, daß die Partei, welche aus diesem Vertrage bestimmte Rechte ableitet, außerhalb des Vertrages liegende Thatsachen behauptet, welche, wenn bewiesen, geeignet sind, die vorhandenen Zweifel über die Auslegung des Vertrags und über den Sinn, welchen die Kontrahenten demselben beigelegt wissen wollten, zu beseitigen. Erachtet der Richter in dieser Beziehung die behaupteten Thatsachen für erheblich, so wird er eine Beweiserhebung darüber zu veranlassen haben und erforderlichen Falls der einen oder andern der Parteien noch einen Eid über diese außerhalb des schriftlichen Vertrages liegende Thatsachen auferlegen können. III. C. S. i. S. de Joncheere c. Jahncke vom 15. November 1887, Nr. 164/87 III.

15. Die Eideszuschiebung ist nicht über reine Thatsachen im Sinne des § 416 der C. P. O. erfolgt, sondern zugleich über rechtliche Urtheile. Das Eidesthema war zwar von der Bekl. selbst nur dahin angegeben, daß das Einkommen des verstorbenen N. in den betreffenden Jahren nicht mehr als so und so viel betragen habe, und dies klingt wie eine rein thatsächliche Behauptung; aber durch die präzisere Fassung, die das Landgericht der Eidesnorm gegeben hat, ist an den Tag gezogen, wie viele rechtliche Urtheile eigentlich darin versteckt lagen. Es war nämlich dabei ein ganz bestimmter, durch weitläufige Vorschriften der Hamburgischen Einkommensteuergesetze normirter Berechnungsmodus vorausgesetzt, und das L. G. hat daher nothgedrungen die in Betracht kommenden Theile der Gesetze in dem Eidessatze angeführt. Nur beispielsweise soll hervorgehoben werden, daß dadurch also der Beurtheilung der Schwurpflichtigen Fragen überlassen sind, wie diese: ob ein bestimmter Theil des Einkommens nach den in das Hamburgische Gesetz übergegangenen Normen des die Doppelbesteuerung betreffenden Reichsgesetzes in Hamburg, oder in einem anderen Einzelstaate des Deutschen Reiches steuerpflichtig gewesen sei, inwieweit das Einkommen nach dem Ergebnisse des unmittelbar vorhergegangenen Jahres, oder nach dem Zustande zur Zeit der Steuerausschreibung, oder nach dem Durchschnitte der drei unmittelbar vorhergegangenen Jahre zu berechnen gewesen sei, u. s. w. Dergleichen rechtliche Beurtheilungen dürfen nicht in das Gewissen des Schwurpflichtigen gestellt werden, sondern es ist Sache der beweispflichtigen Partei, ihre thatsächlichen Behauptungen so weit zu spezialisiren, daß das Gericht die rechtliche Beurtheilung vorweg erledigen kann. VI. C. S. i. S. Liepmann c. Hamb. Steuerdeputation vom 14. November 1887, Nr. 210/87 VI.

16. Aus den vorgelegten Briefen des zweitinstanzlichen Anwalts der Kl., worin derselbe um Zustellung des B. U. und Mittheilung der Kostenberechnung bittet, weil seine Partei gerne die Sache abmachen möchte oder, wie es in dem einen Schreiben heißt, ohne Dazwischenkunft eines Gerichtsvollziehers zahlen wolle, läßt sich nur herleiten, daß die Kl. damals die Absicht hatte, den Prozeß nicht weiter zu führen, ein bindender Verzicht auf das Rechtsmittel ist aber aus diesen Aeußerungen nicht zu folgern, vergl. Entscheidungen des R. G. Bd. V. S. 384. Der § 455 des Entwurfs der C. P. O. — § 475 des Gesetzes — hatte einen zweiten Absatz mit der Bestimmung, daß die Verzichtleistung auch durch Handlungen erfolgen könne, aus welchen die Absicht hervorgehe, das Urtheil nicht anfechten zu wollen, — es ist aber dieser Absatz 2 von der Reichstagscommission — Protokolle p. 232/33 — als nicht praktisch gestrichen worden, weil es sonst leicht dazu kommen könne, daß über die Frage, ob das Rechtsmittel durch konkludente Handlungen zurückgenommen sei, ein neuer Streit entstände. Das Gesetz setzt hiernach eine den Verzicht unmittelbar ausdrückende Erklärung voraus. Vergl. Struckmann & Koch zu § 475 Note 1 und v. Wilmowski & Levy ebendaselbst Note 3. II. C. S. i. S. Centrum c. Fiscus vom 25. November 1887 Nr. 191/87 II.

17. Neue Ansprüche im Sinne des § 491 und nach dem einfachen Wortsinne sind nur solche Ansprüche, welche in der Berufungsinstanz zuerst erhoben werden (vgl. Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. 13 pag. 376). Der vorliegende Gegenanspruch ist aber bereits in I. J. erhoben und zwar zur Aufrechnung und zur Widerklage. Es ist daher unerfindlich, weshalb dieselbe als erst in der Berufungsinstanz neu vorgebracht im Sinne des § 491 zu behandeln sein soll. Wenn das B. G. den Gegenanspruch deshalb als neu im Sinne des § 491 ansieht, weil in Folge der bestandenen Rechtshängigkeit eine sachliche Verhandlung über diesen Anspruch ausgeschlossen gewesen sei, so trägt es in das Gesetz etwas hinein, was darin nicht zu finden ist, und es legt der Rechtshängigkeit eine Bedeutung bei, welche ihr nicht zukommt. Allerdings konnten nach § 235 der C. P. O., so lange in Folge des Prozesses vor dem L. G. H. die Streitsache rechtshängig war, die Bekl. dieselbe Streitsache nicht anderweit mit Erfolg anhängig machen, aber die Thatsache, daß der fragliche Gegenanspruch in der I. J. des vorliegenden Prozesses erhoben ist, bleibt dessenungeachtet bestehen, und sie genügt, um den Anspruch nicht als einen erst in der Berufungsinstanz neu erhobenen anzusehen; sie kann nicht wegen der Rechtshängigkeit als nicht geschehen fingirt werden. Die Rechtshängigkeit hinderte nur, so lange sie dauerte, ein Eingehen auf die Widerklage im vorliegenden Prozesse; sobald dieses Hinderniß durch die Rechtskraft des

Urtheils im Vorprozesse gehoben war, konnte die Verhandlung und Entscheidung über den Gegenanspruch im vorliegenden Prozesse auf Grundlage der in I. J. erhobenen Widerklage erfolgen. I. C. S. i. S. Fürstl. Isenburg-Bierstein'sches Dampfsägewerk c. Fleck Söhne vom 14. December 1887, Nr. 271/87 I.

18. In I. J. war auf die erhobene Klage zunächst das Theilurtheil vom 23. Dezember 1886 ergangen, und sodann am 27. Januar 1887 das Endurtheil erlassen. Gegen ersteres ist durch Schriftsatz vom 26. Januar 1886, gegen letzteres durch einen solchen vom 16. Februar 1887 die Berufung eingelegt, über die eine und andere Berufung getrennt verhandelt und durch die angegriffenen Erkenntnisse, — von denen das erstere dem Kl. eine Summe von 1479 Mk. 52 Pf. nebst Zinsen, und das zweite den weiteren Betrag von 227 Mk. 72 Pf. nebst Zinsen zuspricht, — entschieden worden. Was nun letztere angeht, so handelt es sich um zwei durchaus selbständige Urtheile, bei denen die Frage der Zulässigkeit der Revision für jedes einzeln zu prüfen ist. Der zufällige Umstand, daß die Bekl. gleichzeitig gegen beide die Revision ergriffen hat, kann hierbei eine Abweichung von der Regel nicht begründen, wie es ebensowenig für die vorliegende Frage erheblich erscheint, daß das O. L. G. behufs Feststellung des Werths des Streitsgegenstandes beide Urtheilssummen zusammengerechnet hat. Das R. G. hat in ähnlichen Fällen schon wiederholt ausgesprochen, daß es unstatthaft ist, den Werth der gegen zwei Urtheile erhobenen Beschwerden zusammenzurechnen, — vgl. Entscheidungen Bd. XIII p. 353 und Bd. XVII p. 47 —, und das ist auch die bei den Kommentatoren allgemein anerkannte Auffassung. II. C. S. i. S. Königsberger und Rübenberg c. Lucas vom 17. November 1887 Nr. 232/87 II.

19. Im Urkundenprozeß ist nach § 558 Abs. 4 der C. P. O. die Leistung eines Eides durch Beweisbeschluß anzuordnen. Daß in diesem Verfahren durch bedingtes Endurtheil auf eine Eidesleistung erkannt werde, ist nach der bestimmten Vorschrift des Gesetzes, das keinerlei Ausnahme zuläßt, ausgeschlossen. Es wird sonach von dem Rkl. mit Grund geltend gemacht, durch die Erlassung eines bedingten Endurtheils sei § 558 Abs. 4 der C. P. O. verletzt worden. Auch muß diese Zuwiderhandlung gegen eine Prozeßrechtsnorm, da in Folge derselben das Verfahren in der Berufungsinstanz an einem wesentlichen Mangel leidet, zur Aufhebung des angefochtenen Urtheils führen. II. C. S. i. S. Dietz c. Weimar vom 29. November 1887 Nr. 192/87 II.

20. Wenn man auch mit dem B. R. und in Uebereinstimmung mit dem Urtheil des II. C. S. des R. G. vom 28. Januar 1887 (Entscheidungen Bd. 17 S. 409 ff.) die an die Kl., in Vertretung ihres abwesenden Ehemannes, bewirkte Ersatzzustellung der Ladung zum Sühnetermin gemäß § 166 C. P. O. für wirksam erachten und ihr die Gültigkeit um deßwillen, weil die Ehefrau die Gegnerin ihres Mannes — des Ladungsadressaten — war, nicht absprechen will, so kann doch von einem den gesetzlichen Vorschriften (§§ 570 ff. C. P. O.) entsprechenden Sühneversuch dann nicht die Rede sein, wenn der Extrahent die ihm für seinen Gegner zugestellte Ladung demselben geflissentlich vorenthalten und dadurch die wirkliche Vornahme eines richterlichen Sühneversuchs selber verhindert hat, was nach der beklagtischen Behauptung von Seiten der Kl. geschehen sein soll. Die vom B. R. unterstellte stillschweigende Verzichtleistung auf die Rüge dieses Mangels nach Maßgabe des § 267 C. P. O. liegt nicht vor. Denn einmal setzt diese Vorschrift voraus, daß die verletzte Partei in einem auf die Verletzung folgenden Termin zur mündlichen Verhandlung erschienen sei und gleichwohl den Mangel nicht gerügt habe; der Bekl. ist aber, wie die Sitzungsprotokolle ergeben, in keinem der Verhandlungstermine I. J. erschienen. Und sodann gehören die Vorschriften der §§ 570—573 C. P. O. über den Sühneversuch zu den im öffentlichen Interesse erlassenen, auf deren Befolgung daher keine Partei wirksam verzichten kann (Motive bei Hahn Materialien S. 398; § 267 Abs. 2 C. P. O.). Dagegen kann der zweite Grund des B. R. als rechtsnormwidrig nicht betrachtet werden. Es hat nämlich nach ergangenem ersten Urtheil auf Antrag der Kl. ein Sühneverfahren vor dem zuständigen Amtsgerichte stattgefunden, welches, obwohl beide Theile in dem anberaumten Termine persönlich erschienen sind, in Folge Beharrens der Kl. auf dem Verlangen der Scheidung erfolglos geblieben ist. Allerdings ist man bei der Abfassung der Deutschen C. P. O., indem man im Anschluß an die Preußische Gesetzgebung (Verordnung vom 28. Juni 1844) für die Erhebung der Ehescheidungsklage als regelmäßiges Erforderniß ein vorgängiges Sühneverfahren vor dem zuständigen Amtsgerichte vorschrieb, ohne Zweifel von der auch für die angezogene Preußische Verordnung maßgebend gewesene Erwägung geleitet worden, daß erfahrungsmäßig durch den Scheidungsprozeß selbst die Entfremdung der Eheleute gesteigert und die im öffentlichen Interesse erwünschte Aussöhnung derselben erschwert wird (vgl. die Motive bei Hahn a. a. O. S. 400, 282; Bornemann, System-Darstellung, 2. Aufl. Bd. 5 Seite 231). Allein hieraus ist nicht zu folgern, daß eine Heilung jedes diesbezüglichen Mangels schlechthin ausgeschlossen sei. Hiegegen spricht schon die durch § 573 C. P. O. in die Hand des Vorsitzenden des L. G. gelegte Befugniß, von dem Erforderniß des Sühneversuchs auch dann zu dispensiren, wenn die Erfolglosigkeit des Sühneversuchs mit Bestimmtheit vorauszusehen ist, insofern aus dieser Vorschrift erhellt, daß man weit davon entfernt gewesen ist, dem vorgängigen Sühneverfahren den Charakter einer formalen Prozeßvoraussetzung beizulegen, daß man dasselbe vielmehr lediglich um seiner materiellen Bedeutung für die Aufrechterhaltung der Ehe willen eingeführt und deshalb unter besonders gearteten Umständen für entbehrlich erklärt hat. — Im vorliegenden Falle ist nur von dem Vorsitzenden des Gerichts I. J. bei Ansetzung des Verhandlungstermins völlig korrekt verfahren, da ihm durch eine, irgend welche Mängel des Verfahrens nicht ergebende amtsgerichtliche Urkunde das Mißlingen des vorgängigen Sühneversuchs dargethan wurde. Erst bei Eröffnung der Berufungsinstanz hat Bekl. Einwendungen gegen die Wirksamkeit des Sühneverfahrens erhoben, welche die Kl. zu der erfolgten Wiederholung desselben mit dem vorstehend mitgetheilten Ergebniß veranlaßt haben. Hierdurch wurde nicht nur die voraussichtliche Erfolglosigkeit jedes erneuerten Sühneversuchs konstatirt, sondern auch dem Verfahren eine Grundlage gegeben, welche zur Erhebung einer anderweiten Scheidungsklage, unter Zurücknahme der gegenwärtigen, berechtigt hätte. Wenn unter diesen Umständen der

B. R. von der behaupteten Mangelhaftigkeit des vorgängigen Sühneverfahrens absehen zu dürfen geglaubt hat, so trifft ihn nicht der Vorwurf der Verletzung der §§ 570 ff. C. P. O., wobei dahin gestellt bleibt, ob und in welchem Umfange überhaupt das Prozeßgericht in der Lage ist, die Zulänglichkeit jenes Sühneverfahrens seiner Prüfung zu unterziehen und wegen Mängel desselben die Klage abzuweisen (vgl. Urtheil des III. C. S. des R. G. vom 15. März 1887 in Sachen Reiche c. Reiche III. 296/86). — IV. C. S. i. S. Kleemann c. Kleemann vom 24. November 1887 Nr. 193/87 IV.

21. Das B. G. erachtet die Pfändung für zu Recht bestehend und wirksam, weil die Bestimmung in § 730 der C. P. O., welche zur Gültigkeit der Pfändung Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner verlange, lediglich eine das Pfandrecht unwirksam machende Disposition des Drittschuldners, also einer dritten Person, deren Verfügung außerhalb der Willenssphäre des Pfändenden liege, zu verhindern bezwecke und weil, wenn, wie in vorliegendem Falle, der pfändende Gläubiger und der Drittschuldner eine und dieselbe Person sei, es also an einem dritten Schuldner fehle, die Bestimmung des § 754 Abs. 2 der C. P. O. Platz greife, wonach, wenn kein Drittschuldner vorhanden sei, die Pfändung mit dem Augenblicke als bewirkt anzusehen sei, in welchem dem Schuldner das Gebot, sich jeder Verfügung über das Recht zu enthalten, zugestellt sei, und ein solche Zustellung an den Schuldner A. erfolgt sei. Diese Ausführung verletzt das Gesetz, da die Bestimmung in § 754 Ziffer 2 der C. P. O. weder direkt, noch analog auf die Pfändung von Geldforderungen anwendbar ist. Wenn es richtig wäre, daß das Gesetz in § 730 drei Personen als nothwendig voraussetze, den betreibenden Gläubiger, den Schuldner und eine dritte, von dem Gläubiger verschiedene Person, welche Schuldner des Schuldners ist, daß es also in einem Falle wie dem vorliegenden, in welchem der betreibende Gläubiger eine dem Schuldner gegen ihn selbst zustehende Forderung pfänden lassen will, an einem „Drittschuldner" im Sinne des Gesetzes fehle, so würde man nur zu dem Resultate gelangen können, daß in einem solchen Falle eine Pfändung einer Geldforderung überhaupt nicht zulässig sei, weil eben die Voraussetzungen, unter denen das Gesetz eine solche Pfändung zuläßt, nicht vorliegen; man kann aber nicht mit dem B. G. sagen, weil es an einem Drittschuldner fehlt, so findet die Vorschrift des § 754 Abs. 2 Anwendung, wonach in den in § 754 geregelten Fällen, wenn ein Drittschuldner nicht vorhanden ist, die Pfändung mit dem Zeitpunkte als bewirkt anzusehen ist, in welchem dem Schuldner das Gebot, sich jeder Verfügung über das Recht zu enthalten, zugestellt worden ist. Die Vorschrift im § 754 cit. handelt überhaupt nicht von der Pfändung einer Geldforderung und ist daher auf sie nicht anwendbar. Während die Bestimmungen in den §§ 730 bis 744 von der Pfändung einer Geldforderung, die Vorschriften in den §§ 745—753 von der Zwangsvollstreckung in Ansprüche, welche die Herausgabe oder Leistung körperlicher Sachen zum Gegenstande haben, handeln und das bei dieser eintretende Verfahren erschöpfend regeln, handelt der § 754 der C. P. O. von der Zwangsvollstreckung in andere Vermögensrechte, welche nicht Gegenstände der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen sind, also in solche Rechte des beweglichen Vermögens, welche nicht zu den in den §§ 730—753 behandelten Rechten, also nicht zu den Geldforderungen und den Ansprüchen auf Herausgabe oder Leistung einer körperlichen Sache gehören. Daraus folgt, daß die Vorschriften des § 754, insoweit sie von den in den §§ 730 ff. enthaltenen, analog auch in den Fällen des § 754 anzuwendenden Bestimmungen abweichen, auf die Pfändung von Geldforderungen nicht angewendet werden dürfen. Eine solche wesentliche Abweichung besteht nur eben darin, daß nach § 754 in dem Falle, wenn ein Drittschuldner nicht vorhanden ist, die Pfändung mit dem Zeitpunkte als bewirkt gilt, in welchem dem Schuldner das Gebot, sich jeder Verfügung über das Recht zu enthalten, zugestellt ist, während nach § 730 bei der Pfändung einer Geldforderung, die Pfändung erst mit der Zustellung des Beschlusses, durch welchen die Forderung gepfändet und ihm verboten wird, an den Schuldner Zahlung zu leisten, an den Drittschuldner, als bewirkt anzusehen ist. Das Gesetz hat diese Abweichung eben nur für die Zwangsvollstreckung in andere Vermögensrechte als Geldforderungen aufgestellt. Für die Anwendbarkeit der Vorschrift in § 754 Abs. 2 in Fällen der vorliegenden Art, kann auch nicht geltend gemacht werden, daß innere Gründe nicht entgegenstehen, dieselbe zur Anwendung zu bringen. Denn wäre dieses richtig, so würde es den Gesetzgeber haben bestimmen können, in solchen Fällen, in welchen der betreibende Gläubiger und der Drittschuldner eine und dieselbe Person sind, auch bei der Pfändung einer Geldforderung die in § 754 Abs. 2 für die Zwangsvollstreckung in andere Vermögensrechte über die Entstehung des Pfandrechts gegebene Bestimmung zur Anwendung zu bringen, da dieses aber im Gesetze nicht geschehen, sondern die in Rede stehende Vorschrift eben nur für die Zwangsvollstreckung in Vermögensrechte, welche nicht in Geldforderungen bestehen, gegeben ist, so erscheint es unstatthaft, dieselbe auf die Pfändung von Geldforderungen auszudehnen. Nach ihrer Wortfassung, wie nach dem Zusammenhange der in den §§ 730 ff. enthaltenen Vorschriften lassen diese Bestimmungen auch nicht in der Art sich auffassen, daß die §§ 730—753 die Zwangsvollstreckung in solche Geldforderungen und solche Ansprüche auf Herausgabe körperlicher Sachen, bei welchen ein Drittschuldner, d. h. eine dritte von den Streittheilen verschiedene Person, vorhanden ist, regeln, der § 754 dagegen die Zwangsvollstreckung in Geldforderungen und Ansprüche auf Herausgabe von körperlichen Sachen im Besitze des impetrirenden Gläubigers und in Vermögensrechte anderer Gattung. Der § 754 enthält keine generelle Bestimmung für das Verfahren in Fällen der Pfändung von Vermögensrechten, bei welchen der betreibende Gläubiger und der Schuldner dieselbe Person sind, also ein Drittschuldner in diesem Sinne nicht vorhanden ist, sondern regelt nur den Fall der Pfändung von anderen Vermögensrechten im Gegensatze zu den in den vorhergehenden Paragraphen bereits vollständig geregelten Pfändungen von Geldforderungen und Ansprüchen auf Herausgabe oder Leistung körperlicher Sachen. Aus der Nichtanwendbarkeit der Vorschrift in § 754 der C. P. O. kann aber nicht, wie allerdings mehrfach geschehen ist, gefolgert werden, daß die Pfändung einer dem Schuldner gegen den die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger selbst zustehenden Forderung überhaupt nicht möglich

sei, dieselbe kann vielmehr unter Anwendung und Beobachtung der in § 730 ff. der C. P. O. gegebenen Normen wirksam erfolgen. Für den Gläubiger ist es, namentlich in den Fällen, in welchen sein Schuldner andere Vermögensobjekte, aus denen er Befriedigung für seine Forderung erlangen könnte, nicht besitzt, von großem Interesse, eine Forderung seines Schuldners an ihn selbst im Wege der Zwangsvollstreckung pfänden, oder zur Sicherung für seine noch nicht vollstreckbare Forderung mit Arrest belegen zu lassen. Es ist denn auch nach den bis zum Erlasse der C. P. O. geltenden gemeinrechtlichen Normen in Fällen, in denen es sich um Sicherung oder Befriedigung des Gläubigers wegen einer ihm zustehenden Forderung handelte, eine Schuld, welche er seinem Schuldner zu bezahlen hatte, als ein Befriedigungsmittel in der Zwangsvollstreckungsinstanz und als ein zur Anlegung eines Sicherheitsarrestes geeignetes Objekt angesehen. „Regelmäßig sind selbst Gegenstände in der Hand des Arrestsuchers, heißt es in den Gründen des Urtheils des R. G. vom 24. März 1882, (abgedruckt in den Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. VII. S. 331) welche dem Arrestbeklagten gehören oder auch Schulden, welche ersterer an diesen zu bezahlen hat, geeignete Objekte zur Anlegung eines Sicherheitsarrestes, und es steht namentlich nichts entgegen, wenn der Schuldner (Arrestsucher) selbst anstatt eines Arrestdritten in der Befugniß zur Zahlung der bei ihm ausstehenden Forderung des Arrestimpetraten beschränkt, demselben also die vorläufige Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit gestattet wird." Nicht richtig ist es, wenn behauptet wird, daß ein Bedürfniß der Pfändung der eigenen Schuld des betreibenden Gläubigers nicht vorliege, weil der Gläubiger, wenn er selbst Schuldner der zu pfändenden Forderung sei, aus welcher er seine Befriedigung suchen wolle, dieselbe durch Kompensation erlangen könne, da keineswegs in allen Fällen, in denen für den Gläubiger ein Interesse vorliegt, eine Forderung seines Schuldners an ihn selbst zum Zwecke der Befriedigung oder Sicherung wegen einer ihm zustehenden Forderung pfänden zu lassen, die Voraussetzungen der Compensation gegeben sind. Es darf daher nur dann angenommen werden, daß dieses Mittel der Befriedigung, beziehungsweise Sicherung des Gläubigers nach den jetzt geltenden Vorschriften der C. P. O. nicht mehr gegeben sei, falls aus den Bestimmungen derselben über die Pfändung von Geldforderungen zum Zwecke der Zwangsvollstreckung, welche auch für die Arrestanlage maßgebend sind (§ 810 der C. P. O.), gefolgert werden müßte, daß die Pfändung einer Forderung, welche dem Schuldner gegen den betreibenden Gläubiger selbst zusteht, ausgeschlossen sei, da die C. P. O. eine ausdrückliche Bestimmung weder über die Zulässigkeit, noch über die Unzulässigkeit der Pfändung einer solchen Forderung enthält. Dieses ist aber nicht der Fall. Die Unzulässigkeit der Pfändung wird zunächst daraus gefolgert, daß die Vorschriften in den §§ 730 ff. der C. P. O. das Vorhandensein von drei Personen, den die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger, den Schuldner, gegen welchen die Zwangsvollstreckung gerichtet ist, und einen Drittschuldner, das heißt eine von den beiden anderen verschiedene Person, als nothwendig voraussetzen. Es wird dieses aus dem in § 730 ff. gebrauchten Ausdrucke „Drittschuldner" und aus dem in diesen Paragraphen, namentlich in den §§ 730, 736, 739 geregelten Verfahren gefolgert. Jedoch mit Unrecht. Der Ausdruck „Drittschuldner" nöthigt nicht zu der Annahme, daß damit unbedingt eine dritte Person habe bezeichnet werden sollen, es wird damit vielmehr „der Schuldner des Schuldners" bezeichnet, und es ist nicht ausgeschlossen, auch den betreibenden Gläubiger, wenn er die Pfändung einer Forderung seines Schuldners an ihn selbst beantragt, als Drittschuldner im Sinne des Gesetzes zu betrachten. Die Vorschriften des Gesetzes gehen von dem regelmäßigen Falle aus, in welchem drei verschiedene Personen vorhanden sind, es wird damit aber nicht ausgeschlossen, daß ausnahmsweise die Rollen zweier Personen in einer Person sich vereinigen, die Rolle des die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubigers und des Schuldners des Schuldners, dessen Schuld den Gegenstand der Pfändung bildet. Diese Erscheinung tritt auch bei anderen Rechtsverhältnissen, so namentlich im Wechselrechte hervor. Ebenso wenig begründet und durchschlagend sind die aus der Konstruktion des Verfahrens entnommenen Argumente. Der § 730 schreibt allerdings als wesentlich für die Pfändung der Geldforderung vor, daß der Gläubiger den Pfändungsbeschluß des Gerichts dem Drittschuldner zustellen lasse, und folgt daraus, daß es nothwendig ist, daß in dem Falle, wo der betreibende Gläubiger selbst der Schuldner ist, er sich selbst den Gerichtsbeschluß zustellen lasse. Es kann aber weder, wie behauptet wird, an sich für unzulässig erachtet werden, daß Jemand an sich selbst durch den Gerichtsvollzieher eine Zustellung machen läßt, noch mit Rücksicht auf den Inhalt des Pfändungsbeschlusses diese Zustellung als etwas Widersinniges erachtet werden. Das Verbot, an den Schuldner zu zahlen, dessen Erlaß der Gläubiger bei dem Gerichte beantragt und, nachdem seinem Antrage stattgegeben worden, sich selbst zustellen läßt, hat nicht bloß die Bedeutung, dem Gläubiger die von seinem eigenen Willen abhängende Zahlung zu verbieten, sondern zugleich die für ihn wesentliche Bedeutung, ihn zu ermächtigen, die von seinem Gläubiger und seinem Schuldner verlangte Zahlung zu verweigern, und das damit gleichzeitig an den Schuldner erlassene Gebot, über die gepfändete Forderung nicht zu verfügen, dem betreibenden Gläubiger unter Umständen nachtheilige Dispositionen über die Forderung auszuschließen. Die Zustellung des Pfändungsbeschlusses dient ferner dazu, den Zeitpunkt des Inkrafttretens der Pfändung urkundlich auch dritten Personen gegenüber festzustellen. Richtig ist, daß einzelne der in den §§ 736 ff. über das nach erfolgter Pfändung einer Geldforderung einzuschlagende Verfahren gegebenen Vorschriften nicht anwendbar sind, wenn ausnahmsweise der betreibende Gläubiger und der Drittschuldner in einer Person zusammenfallen, daß insbesondere das in § 739 geregelte Verfahren nicht eintreten kann. Allein einerseits ist dieses kein wesentlicher Bestandtheil des Verfahrens, sondern tritt überhaupt nur auf Verlangen des Gläubigers ein, andererseits kann daraus, daß einzelne Bestimmungen, welche mit Rücksicht auf den die Regel bildenden Fall, daß drei Personen vorhanden sind, getroffen sind, in dem Fall des Zusammentreffens des Gläubigers und Drittschuldners nicht anwendbar sind, weil es nach Lage der Sache der betreffenden Erklärungen und Verhandlungen nicht bedarf, nicht gefolgert werden, daß in diesen Ausnahmsfällen die Pfändung einer Geldforderung überhaupt ausgeschlossen sei. Dasselbe gilt in Bezug auf die Vorschrift in § 736 der C. P. O. Auch das Argument, daß im Falle der Zulassung einer Pfändung einer dem Schuldner gegen den betreibenden Gläubiger zustehenden Forderung das Resultat einer Kompensation in Fällen herbeigeführt werden könne, in welchen eine solche nach den Gesetzen nicht zulässig sei, steht nicht entgegen, indem dadurch, daß unter Umständen der Rechtsbehelf der Kompensation ausgeschlossen ist, nicht folgt, daß auch auf einem anderen Wege innerhalb der gesetzlichen Grenzen nicht dasselbe Resultat erzielt werden könnte. Stehen aber im einzelnen Falle nach der prozessualischen Lage Bedenken entgegen, so werden diese allerdings zu berücksichtigen sein. Daraus ist aber ein Einwand gegen die Statthaftigkeit der Pfändung einer dem Schuldner gegen den betreibenden Gläubiger zustehenden Forderung überhaupt nicht zu begründen. Auch aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes und aus den Motiven zu dem Gesetzentwurfe können dieser Auffassung der Vorschriften des Gesetzes entgegenstehende wesentliche Momente nicht entnommen werden. Schließlich mag noch darauf hingewiesen werden, daß zwar auch im Geltungsgebiete des c. proc. civ. die Frage, ob ein Gläubiger eine Forderung seines Schuldners gegen ihn selbst in Gemäßheit der Vorschriften in Art. 557 ff. c. proc. civ. mit Beschlag belegen (saisir-arrêter) könne, in der Doktrin und in der Rechtsprechung bestritten ist, daß dieselbe im Wesentlichen aus denselben Gründen, welche gegen die Zulässigkeit einer solchen Pfändung nach der

C. P. O. geltend gemacht worden, verneint, jedoch auch von einer Reihe von Gerichten und Schriftstellern bejaht worden ist. III. C. S. i. S. Knurr u. Herz c. Ostfriesische Bank in Leer vom 11. November 1887 Nr. 166/87 III.

22. Die Zwangsvollstreckung wegen Handlungen, deren Unterlassung dem Schuldner durch vollstreckbares Urtheil oder einen anderen Vollstreckungstitel auferlegt ist, fängt nicht vor den in § 775 Abs. 1 der C. P. O. bestimmten gerichtlichen Maßnahmen an. Mit der hier vorgeschriebenen Verurtheilung des Zuwiderhandelnden in die verwirkte Strafe wird die Staatsgewalt zuerst thätig, um den Schuldner zur Befolgung seiner Pflicht zu nöthigen. Vor der Zuwiderhandlung bedarf es nicht der Zustellung des Schuldtitels. Denn diese verlangt § 671 Abs. 1 der C. P. O. lediglich für den Beginn der Zwangsvollstreckung. Auch in dem Falle bedarf es der früheren Zustellung nicht, wenn die Strafandrohung noch nicht in dem die Verpflichtung des Schuldners aussprechenden Titel enthalten ist, sondern erst gemäß § 775 Abs. 2 der C. P. O. von dem Prozeßgerichte ergänzt wird. Eine Strafandrohung, wie sie das Gesetz fordert, kann bereits in dem Schuldtitel selbst erfolgt sein. Alsdann gehört die Strafandrohung unzweifelhaft zu den Unterlagen des Vollstreckungsverfahrens, nicht zu letzterem selbst. Dasselbe muß aber auch in dem Falle gelten, wenn das Gericht erst später die Strafe androht. Damit vervollständigt es nur den Schuldtitel. Das L. G. erwägt zwar, die Vorschrift des § 775 Abs. 2 stehe in dem von der Zwangsvollstreckung handelnden Theile der C. P. O., darum sei die nachfolgende Erwirkung der Strafandrohung als ein Vorgang der Zwangsvollstreckung zu betrachten. Daraus läßt sich jedoch nicht folgern, daß beim Erlasse der Strafandrohung der Schuldtitel schon zugestellt worden sein müsse. Die Strafandrohung ist, selbst wenn sie erst nachträglich ergeht, immerhin eine bloße Voraussetzung zur Zwangsvollstreckung. Letztere wird noch nicht mit der Strafandrohung eröffnet. Die Strafandrohung kann auch verfügt werden, wenn der Schuldner seine Verbindlichkeit zu Unterlassungen noch nicht verletzt hat. Der Gläubiger, welcher die Strafandrohung ausgebracht hat und die Zustellung des Schuldtitels, sowie Zuwiderhandlungen der Schuldners nachweist, ist demnach zu dem Antrage berechtigt, daß der Schuldner in die verwirkte Strafe verurtheilt werde. Wenn in der gegenwärtigen Sache die Strafandrohung früher, als der Schuldtitel zugestellt wurde, so erscheint dies einflußlos. Es genügt, daß die Zuwiderhandlungen nach dem Erlasse der Strafandrohung geschehen sind. Die Zustellung des Schuldtitels ist nicht erforderlich, um den Schuldner straffällig zu machen. Er weiß, daß er die angedrohte Strafe verwirkt, sobald er die in dem Schuldtitel verbotenen Handlungen vollzieht. Die Zwangsvollstreckung beginnt nicht schon mit den Zuwiderhandlungen, sondern folgt ihnen erst nach. Verpflichtungen zum Unterlassen einer Handlung können, wie die Motive zu § 719 f. des Entwurfes der C. P. O. S. 443 f. hervorheben, „nicht geradezu durch Gewalt erzwungen werden," sondern bei ihnen kann „der Zwang nur als Repression durch Ausführung der angedrohten Strafe in jedem Falle des Zuwiderhandelns wirken." Derartige Verpflichtungen lassen also nur eine nachträgliche Zwangsvollstreckung zu durch Anwendung von Strafen für bereits verübte Zuwiderhandlungen. VI. C. S. i. S. Gerber c. Beyer vom 15. December 1887, B. Nr. 147/87 VI.

23. Die Gründe des B. R. enthalten eine unzulässige Vermischung der Erfordernisse eines Arrestes mit den Erfordernissen für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung im Sinne des § 814 a. a. O. Beide haben das Gemeinsame, daß sie die künftige Zwangsvollstreckung in Ansehung des geltend gemachten Rechtes zu sichern bestimmt sind; sie unterscheiden sich von einander in ihren Voraussetzungen dadurch, daß der Arrest die Beitreibung einer Geldforderung sichern soll, die einstweilige Verfügung aber eine Individualleistung, indem sie den Gegenstand der letzteren willkürlichen Veränderungen von Seiten der Gegenpartei entzieht. Aus dieser Verschiedenheit folgt, daß die Frage, ob eine einstweilige Verfügung zu erlassen, nicht von demselben Standpunkt geprüft werden kann, von dem ein Arrestantrag wegen des eventuellen Anspruchs auf eine Geldentschädigung zu prüfen sein würde. Der Arrestgrund im Sinne der §§ 797 und 800 a. a. O. deckt sich nicht mit der Gefährdung des Anspruchs auf eine Individualleistung, welcher durch die einstweilige Verfügung begegnet werden soll. Ist für den Arrestgrund im obigen Sinne, also für die Frage, ob ein Arrest zur Sicherung der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung angezeigt werden soll, die Vermögenslage des Arrestaten von entscheidender Bedeutung, so wird, wenn es sich um Erlaß einer einstweiligen Verfügung handelt, der Richter zwar auch berechtigt sein, die Vermögenslage des Provokaten als ein sein Ermessen bestimmendes Moment in Betracht zu ziehen. An sich aber kann der Anspruch auf eine Individualleistung, kann das geltend gemachte nicht in einer Geldforderung bestehende Recht durch das Verhalten eines zahlungsfähigen Gegners im Sinne des § 814 a. a. O. ebenso gefährdet werden, wie wenn der Gegner sich in ungünstiger Vermögenslage befindet und dadurch auch die eventuelle Entschädigungsforderung gefährdet erscheint. Der Berechtigte braucht sich, wenn er für sein bedrohtes Recht durch den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung Schutz sucht, nicht lediglich auf den ihm eventuell zustehenden Entschädigungsanspruch verweisen zu lassen und braucht zur Begründung des Antrages seinerseits nicht glaubhaft zu machen, daß der Gegner die etwaige Entschädigung zu leisten schwer oder gar nicht im Stande sein würde. Im vorliegenden Fall ist das vom Provokanten prätendirte Eigenthum an der streitigen Kohlenabbaugerechtigkeit dasjenige Recht, dessen Verwirklichung durch den von der Provokatin begonnenen Abbau vereitelt zu werden droht. Der aus dem verletzten Recht des Eigenthümers entspringende Anspruch aber geht zunächst immer auf eine Individualleistung sei es, daß es sich um Herausgabe einer widerrechtlich vorenthaltenen Sache oder um Unterlassung eines rechtswidrigen Eingriffs handelt. In beiden Fällen wird durch substanzmindernde Veränderungen, welche im Laufe des Hauptprozesses mit der streitigen Sache vorgenommen werden, das Recht der obsiegenden Partei, die streitige Sache selbst in ungeminderter Substanz zu behalten, oder wiederzuerlangen, vereitelt. Das Recht des Eigenthümers erschöpft sich keineswegs in den Vermögensvortheilen, die er aus der Benutzung der Sache und Veräußerung von Früchten oder Substanztheilen gewinnen kann. Es ist kein fungibles Recht und nicht gleichartig mit dem Entschädigungsanspruch, welcher nach und in Folge der Vereitelung der Eigenthumsrechte an deren Stelle tritt. Es ist daher auch irrthümlich, wenn der B. R. als Mangel in der Begründung des Antrages auf Erlaß der einstweiligen Verfügung hervorhebt, es erhelle nicht: daß gerade in der Ausnutzung des Kohlenfeldes für den Antragsteller individuelle Vortheile lägen, die ihm durch die Umwandlung in einen Schadensersatzanspruch verkümmert werden würden. Der Schadensersatz setzt die bereits geschehene Vereitelung des Rechtes voraus, die einstweilige Verfügung bezweckt dagegen dieselbe zu verhindern. Hieran aber hat der in seinem Rechte Bedrohte ein berechtigtes Interesse auch dann, wenn ihm für den Fall der Vereitelung seines Rechts eine finanziell gleichwerthige Entschädigung in Aussicht steht. Rechtsirrthümlich verlangt daher der B. R. den Nachweis oder die Glaubhaftmachung eines besonderen (individuellen) durch die eventuelle Entschädigungsforderung nicht gedeckten Interesses. Wenn nun auch die im § 814 für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung gegebenen Voraussetzungen nicht schon das Recht hierauf begründen; vielmehr der angegangene Richter nach seinem Ermessen zu prüfen hat, ob nach der ganzen Sachlage der Erlaß einer einstweiligen Verfügung zum Schutz des bedrohten Rechtes einer Partei geboten erscheint, und dieses richterliche Ermessen, soweit es auf thatsächlicher Würdigung der obwaltenden Umstände beruht, sich der Nachprüfung des Revisionsrichters entzieht, so kann dies doch die angegriffene Entscheidung nicht aufrecht halten, weil die

Entscheidung nicht auf diesem Ermessen beruht, vielmehr das Vorhandensein der Voraussetzungen des § 814 verneint, die beantragte einstweilige Verfügung also nicht als durch die obwaltenden Umstände nicht geboten, sondern als unzulässig erachtet. Diese Annahme beruht auf einer Verkennung des Wesens und der Voraussetzungen einer einstweiligen Verfügung im Sinne des § 814 der C. P. O. und verletzt dadurch diese gesetzliche Bestimmung. V. C. S. i. S. Fielitz c. Nürnberg vom 30. November 1887 Nr. 219/87 V.

24. Auf die Anordnung einstweiliger Verfügungen und das weitere Verfahren finden nach § 815 der C. P. O. die für das Arrestverfahren geltenden §§ 805, 807 entsprechende Anwendung. Darnach wird zu unterscheiden sein, ob gegen die einstweilige Verfügung Widerspruch erhoben, hiermit die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung bestritten und aus diesem Grunde die Abänderung oder Aufhebung derselben begehrt wird (§§ 804. 805) oder ob wegen veränderter Umstände, insbesondere wegen Erledigung der einstweiligen Verfügung, unter besonderen Umständen auch auf Grund des Erbietens zu einer nach freiem Ermessen zu bestimmenden Sicherheitsleistung (§ 807 in Verbindung mit § 818) die Aufhebung beantragt wird. In dem ersteren Falle hat der Gläubiger, in dem letzteren Falle der Schuldner die Parteirolle des Kl. In dem ersteren Falle will der Gläubiger eine Veränderung des Zustandes, welcher vor der Anordnung der einstweiligen Verfügung vorhanden war und durch welchen er sich verletzt glaubte, durch richterliche Hülfe (Bestätigung der einstweiligen Verfügung) herbeiführen. Der Schuldner fühlt sich erst durch die einstweilige Verfügung verletzt und sucht den Zustand vor der Anordnung der einstweiligen Verfügung durch den Ausspruch des Richters aufrecht zu erhalten. In dem letzteren Falle ist der Gläubiger derjenige, welcher den bisherigen Zustand — die Fortdauer der einstweiligen Verfügung — aufrecht erhalten will, der Schuldner dagegen derjenige, welcher diesen bisherigen Zustand angreift, weil die Umstände, welche die Rechtmäßigkeit desselben begründet, sich geändert haben. In dem ersteren Falle ist also der Gläubiger der Kl., der Schuldner der Bekl., in dem letzteren Falle ist der Schuldner der Kl., der Gläubiger der Bekl. Es hat auch bereits der I. C. S. des R. G. in dem Urtheile vom 27. Oktober 1883) abgedruckt in den Beiträgen von Rassow und Küntzel Bd. 28 S. 1173) ausgesprochen, das der Arrestbeklagte (d. i. der Schuldner) durch die Erhebung des Widerspruchs nicht die Parteirolle des Kl. erhält. IV. C. S. i. S. Pohl c. Pohl vom 5. Dezember 1887 Nr. 213/87 IV.

25. Dem § 857 C. P. O. liegt die Auffassung zu Grund, daß es dem muthmaßlichen Willen der Parteien widersprechen würde, einen Schiedsvertrag als aufgehoben anzusehen, wenn aus Gründen, welche in der Person eines Schiedsrichters liegen, das Schiedsgericht nicht in Thätigkeit tritt oder ein Schiedsspruch nicht zu Stand kommt. Deßhalb soll, wenn ein nicht im Schiedsvertrag ernannter Schiedsrichter wegfällt oder die Ausführung des Schiedsrichteramts verweigert, an dessen Stelle von der Partei, welche denselben ernannt hat, oder vom Gericht ein anderer Schiedsrichter bestellt werden. Dieser Fall liegt aber hier vor, nicht der in § 859 der C. P. O. besonders geregelte Fall, daß bestimmte Personen in dem Vertrage zu Schiedsrichtern ernannt sind. Das B. G. hat deßhalb mit Recht angenommen, daß § 857, der auch dann Anwendung zu finden hat, wenn die Parteien im Vertrag festgesetzt haben, daß nur ein Schiedsrichter bestellt werden solle, oder der weggefallene Schiedsrichter vom Gericht ernannt worden ist, maßgebend sei. II. C. S. i. S. Hirschfeld c. Preuß. Eisenbahn-Fiskus vom 6. Dezember 1887 Nr. 207/87 II.

Zur Konkursordnung und dem Anfechtungsgesetz.

26. F. A., der Bruder des E. A., war in Konkurs verfallen. E. A. erbat von der Kl. ein Darlehn von 3600 Mk., um diesen Betrag seinem Bruder, dem Kridar, auszuhändigen und den letzteren dadurch in den Stand zu setzen, einen Zwangsvergleich mit seinen Gläubigern zu schließen. Kl. hat das Darlehn gegeben, für dessen Rückzahlung der Bekl. sich verbürgt hat, und der Zwangsvergleich ist zu 20 Prozent abgeschlossen. Der Bekl. gibt nun den Inhalt des vor Hingabe des Darlehns zwischen der Kl. einerseits und E. A. andererseits getroffenen Abkommens dahin an: Kl. habe sich verpflichtet, das Darlehn zu dem fr. Zwecke zu geben und für den Zwangsvergleich zu stimmen, als Gegenleistung dafür habe sich E. A. verpflichtet, eine der Kl. an den Kindern zustehende Konkursforderung im Betrage von 629 Mk. 80 Pf. vollständig zu berichten. Es ist nun außer Zweifel, daß die Verpflichtung, welche A. übernahm, die Konkursforderung der Kl. voll zu bezahlen, während die übrigen Gläubigen nur 20 Prozent erhielten, nach § 168 cit. nichtig, und daß die von der Kl. dagegen übernommene Verpflichtung, für den Zwangsvergleich zu stimmen, nicht bloß nichtig, sondern nach § 213 cit. sogar strafbar war. Von der im § 168 cit. statuirten Nichtigkeit wird aber der Anspruch auf Rückzahlung des von der Kl. wirklich gegebenen Darlehns und folgeweise die vom Bekl. für diese Rückzahlung übernommene Bürgschaft nicht mit betroffen. Die ratio des § 168, Bevorzugung einzelner Konkursgläubiger beim Zwangsvergleiche zu verhüten, findet auf die Hergabe eines Darlehns zur Ermöglichung des Zwangsvergleichs keine Anwendung. Nach dem Vorbringen des Bekl. selbst kann nicht angenommen werden, daß Kl. als Gegenleistung dafür, daß Bekl. den etwaigen Ausfall an der Konkursforderung der Kl. im Betrage von 629 Mk. zahlte, den beinahe fünffachen Betrag von 3000 Mk. hätte geben wollen. Die von der Kl. übernommene Gegenleistung gegen die Verpflichtung des Bekl. zur Deckung jenes Ausfalls bestand vielmehr neben der Verpflichtung, für den Zwangsvergleich zu stimmen, nur darin, daß sie sich überhaupt bereit erklärte, das fragliche, selbstverständlich ihm zu verzinsende und zurückzubezahlende Darlehn zu dem mehrgedachten Zwecke überhaupt herzugeben. Die wirkliche Hingabe des Darlehns ist nicht Theil des nach § 168 cit. nichtigen Abkommens, sondern diesem erst nachgefolgt, und sie bildet einen ganz selbstständigen Theil der Notariatsurkunde vom 10. Juni 1885, an welchem sich die Bürgschaft des bei dem übrigen Inhalte der Urkunde unbetheiligten Bekl. unmittelbar anschloß. Der zeitliche Zusammenhang des eigentlichen Darlehnsvertrags (§ 653 A. L. R. Thl. I. Tit. 11) im Gegensatze zu dem pactum de mutuo dando (§ 654 ibid.) mit dem durch § 168 reprobirten Abkommen ist nicht mit einer rechtlichen Zugehörigkeit zu dem nichtigen Vertrage zu identifiziren. I. C. S. i. S. Neumann c. Hartmann u. Schultze vom 7. Dezember 1887 Nr. 293/87 I.

27. Die Bekl. haben gerügt, daß überhaupt eine Anfechtung nach Maßgabe des Gesetzes vom 21. Juli 1879 im Wege der Replik zugelassen worden sei. Wenn sie dabei die Sache auch so dargestellt haben, als handle es sich hier nicht sowohl um eine Replik, als um eine veränderte Klage, welche identisch sei mit der durch das Urtheil des Gerichtes I. J. vom 11. November 1885 bereits rechtskräftig wegen örtlicher Unzuständigkeit des Gerichtes abgewiesenen Anfechtungsklage, so war dies völlig abwegig, obwohl den Beklagten zuzugeben ist, daß, wenn hier eine von den Instanzgerichten zugelassene Klagänderung in Frage stände, dann allerdings dieser geänderten Klage gegenüber die Einrede der Rechtskraft durchgreifen würde. Was aber die in Wirklichkeit allein zur Entscheidung stehende Replik anlangt, so ist zunächst aus der Natur der Anfechtung, trotz der abweichenden Ansicht einzelner Schriftsteller, kein Grund zu entnehmen, weshalb es nicht zulässig sein sollte, eine Anfechtung im Wege der Replik geltend zu machen, da doch die Geltendmachung im Wege der Einrede in § 5 des Gesetzes vom 21. Juli 1879 ausdrücklich vorgesehen ist. Bedenken könnten höchstens in der Richtung entstehen, ob einer Pfändung, welche einen derzeit wegen entgegenstehender Einrede gar nicht existirenden Anspruch des Schuldners betroffen habe, nachträglich durch die Anfechtung des die Einrede begründenden Rechtsgeschäftes Wirksamkeit verschafft werden könne, ob nicht vielmehr der Gläubiger genöthigt sei, erst anzufechten und sodann nach erfolgreicher Durchführung des Anfechtungsanspruches die Pfän-

dung zu erwirken. Eine entsprechende Frage kann weder in Ansehung der von einem Concursverwalter vorzunehmenden Anfechtung entstehen, noch in Ansehung der Pfändung einer körperlichen Sache, wo natürlich der etwa nach § 690 der C. P. O. von einem Dritten erhobenen Klage die Einrede der Anfechtung entgegengesetzt werden kann, ohne daß durch diese der Gegenstand der Pfändung erst geschaffen würde. Indessen ist auch zur Aufrechthaltung der Klage aus einer gepfändeten und überwiesenen Forderung die Replik der Anfechtung unbedenklich zuzulassen; denn falls dann der Anfechtungsanspruch begründet befunden wird, so ist im Verhältnisse zwischen den Parteien Alles rechtlich so anzusehen, als wäre der überwiesene Anspruch nie aus dem Vermögen des Schuldners ausgeschieden gewesen. Dies ist in § 7 Absatz 1 des Gesetzes vom 21. Juli 1879 dadurch ausgedrückt, daß als Inhalt des Anfechtungsanspruches bezeichnet ist, daß das durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners Veräußerte, Weggegebene oder Aufgegebene **als noch zu demselben gehörig** zurückgewährt werde: Diese Art der Zurückgewährung erfolgt in einem Falle wie dem vorliegenden eben dadurch, daß der Bekl. die eigentlich gegenstandslos gewesene Pfändung und Ueberweisung nachträglich gegen sich gelten läßt. Im gleichen Sinne hat das R. G. auch schon in der Sache IIIa 272/86 entschieden. VI. C. S. i. S. Ohlmeyer c. Schiller vom 2. November 1887 Nr. 147/87 VI.

28. Das O. L. G. ist davon ausgegangen, daß, wenn im § 11 von den „in § 3 Nr. 2 genannten Personen" die Rede ist, damit auch im § 11 die zu dem Schuldner, nicht etwa die zu dem ersten Erwerber, dem Rechtsvorgänger des Anfechtungsgegners, in einem der fraglichen Verwandtschafts- und Verschwägerungsverhältnisse stehenden Personen gemeint seien; die Bekl., beziehungsweise ihre Vertreter, standen ja eben nicht zu A., sondern zu O. in den betreffenden Verhältnissen. Diese Auslegung ist nun von den Bekl. als rechtsirrthümlich angegriffen; in Wirklichkeit entspricht sie aber sowohl dem Wortlaute des § 11, da in § 3 Nr. 2 eben die **zu dem Schuldner** in einem der betreffenden Verhältnisse stehenden Personen genannt werden, als auch dem Sinne jener Gesetzesbestimmung, da es bei den Verwandten und Verschwägerten eines in Vermögensverfall Gerathenen viel näher liegt, eine Kenntniß der hiermit in Zusammenhang stehenden Angelegenheiten zu vermuthen, als bei den Verwandten und Verschwägerten eines beliebigen Menschen gerade die Kenntniß der begleitenden Umstände eines einzelnen von ihm abgeschlossenen Rechtsgeschäftes. Auch ist diese Auslegung nicht nur diejenige der Motive zu § 33 Absatz 2 Nr. 2 der K. K. O., sondern auch fast aller Schriftsteller, die sich überhaupt ausdrücklich über diesen Punkt ausgesprochen haben, wenn auch einzelne, wie Fuchs, Konkursprozeß, S. 56, sich abweichend äußern mögen. Siehe Entscheidung bei voriger Nummer.

29. Der Arrest soll nur mittelbar zur Sicherung der Zwangsvollstreckung verhelfen, indem derselbe als vollstreckbarer Titel dazu verwendet werden soll, die Grundlage für die Anfechtungsklage zu bilden, mittelst welcher er die von dem Erblasser Fr. Neumann veräußerten Vermögensobjekte der Zwangsvollstreckung bezüglich seiner Forderung unterwerfen will. Kann mit dem Arrest dieser Erfolg nicht erreicht werden, so entspricht er nicht seinem gesetzlichen Zwecke und ist unzulässig. Nach § 2 des Gesetzes vom 21. Juli 1879 bedarf es zur Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners eines vollstreckbaren Schuldtitels für die Forderung des anfechtenden Gläubigers, und zwar eines Schuldtitels, auf Grund dessen die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zur Befriedigung des Gläubigers erfolgen darf. Wenn nun auch auf die Vollziehung des Arrestes die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung entsprechende Anwendung finden und demgemäß die Vollziehung des Arrestes in bewegliches Vermögen durch Pfändung bewirkt wird (C. P. O. §§ 808, 810), so stellt der Arrestbefehl doch keinen vollstreckbaren Schuldtitel in jenem Sinne dar; denn die Forderung selbst, zu deren Sicherung der Arrestbefehl erlassen ist, wird durch den Arrest nicht vollstreckbar und die zur Vollziehung des Arrestes erfolgende Zwangsvollstreckung ist nicht zur Befriedigung, sondern lediglich zur Sicherung des Gläubigers bestimmt, demgemäß macht das Vollstreckungsverfahren bei der Pfändung Halt, die gepfändeten Sachen werden noch nicht zur Befriedigung des Gläubigers verwendet, sondern bis dahin aufbewahrt, daß der Gläubiger einen vollstreckbaren Schuldtitel für seine Forderung und dadurch die Befugniß zur Zwangsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung erlangt haben wird. Die Zwangsvollstreckung auf Grund eines Arrestbefehls gleicht demnach nur äußerlich der Zwangsvollstreckung auf Grund eines vollstreckbaren Schuldtitels, ist aber ihrem Wesen nach durchaus davon verschieden und verfolgt andere Zwecke. Der Arrestbefehl eignet sich deshalb auch nicht dazu, die Grundlage einer Anfechtungsklage zu bilden. V. C. S. i. S. Neumann c. Fricke vom 26. November 1887 B. Nr. 111/87 V. (Fortsetzung folgt.)

Wir besitzen einige Exemplare

Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts.
2 Bd. 1885/86. Eleg. Halbjuchtenband statt 24.50 für 16.00 ℳ

Antiquariats-Catalog „Rechtswissenschaft“ soeben erschienen, und steht franco zu Diensten.

Alfred Lorentz, Antiquariat. Leipzig.
Kurprinzstr. 10.

In **J. U. Kern's** Verlag (Max Müller) in Breslau erscheint:

Conradi-Krentzlin's Examinatorium für die Subaltern-Beamten der Königl. Preuß. Justiz-Behörden. Hülfsbuch zur Vorbereitung auf die Examina und für die Praxis im materiellen und formellen Recht mit Einschluß des Kassen- und Rechnungswesens. Siebente, wesentlich verbesserte und vermehrte Auflage bearbeitet von **J. Wollenzien,** Rendanten der Königlichen Gerichtskasse zu Pleschen.

☛ Das Werk erscheint in höchstens 11 Lieferungen à 1 M. 50 Pf. in Zwischenräumen von je 3 Wochen, so daß dasselbe im April 1888 vollständig vorliegen wird. Einzelne Lieferungen werden nicht abgegeben; vielmehr verpflichtet die Abnahme der ersten Lieferung zur Abnahme des ganzen Werkes. Bestellungen nimmt jede Buchhandlung sowie die Verlagshandlung entgegen. ☚

═ „In keinem Rechtsanwaltsbüreau sollte dies für dasselbe besonders werthvolle Handbuch fehlen.“ ═

(Für die Schreibstube. Zeitschrift f. d. Bureaubeamtenstand.)

Die amtliche Ausgabe der

Stenographischen Berichte über die Verhandlungen des Preußischen Abgeordnetenhauses nebst Aktenstücken,
III. Session 1888,

erscheint in unserem Verlage und kann durch alle Buchhandlungen und Postanstalten, sowie durch die unterzeichnete Verlagshandlung direkt bezogen werden.

Berlin S., Stallschreiberstr. 34/35.

W. Moeser Hofbuchhandlung.

Vollständiges Formular-Magazin für Rechtsanwälte
von **M. Mendelssohn** in **Duisburg a. Rh.**
☛ Kataloge versende gratis und portofrei. ☚

Baumgärtner's Buchhandlung, Leipzig.

In **neuer (17.) Stereotypauflage** ist **soeben** erschienen und in jeder Buchhandlung zu haben:

Corpus juris civilis

edid. fratres Kriegelii.

3 Bände.

Broschirt 15 M. Elegant gebunden 18 M.

Diese zur Zeit wohl verbreitetste (ausser in Deutschland insbesondere auch in Italien, Frankreich, Belgien, Dänemark, Holland u. s. w.) gleichzeitig auch **billigste Corpus juris-Ausgabe** zeichnet sich bekanntlich durch die Correctheit ihres Textes, sowie durch ihre sorgfältige Bearbeitung und praktische Einrichtung ganz besonders aus, so dass 16 starke Auflagen bereits hiervon abgesetzt worden sind. Die Pandekten sind von DD. A. und M. Kriegel herausgegeben, der Codex von Dr. E. Hermann, die Novellen von Dr. E. Osenbrüggen.

☛ Die neue Auflage ist einer sorgfältigen Plattenrevision unterzogen worden. Da gleichzeitig auch die äussere Ausstattung eine wesentlich verbesserte geworden ist, so dürfte diese neue sehr preiswerthe Ausgabe auf das Angelegentlichste zur Anschaffung zu empfehlen sein. ☚

Büsten des Kaiser Wilhelm und des Kronprinzen

sind nach genauerer Angabe im Verzeichniss in 14 Grössen vorräthig. (Abbildungen hierzu gratis.)

		1		2		3		4		5		6	
		Colossal: doppelte Lebensgr. in Uniform und mit Mantel		Colossal. 1½ fache Lebensgr. in Uniform und mit Mantel		Colossal. [illegible] lebensgross in grosser Uniform		Lebensgross in grosser Uniform		Lebensgross in grosser Uniform m. Mantel		Lebensgross in Interims-Uniform	
		Elfb.	Gyps	Elfb.	Gyps	Elfb.	Gyps	Elfb.	Gyps	Elfb.	Gyps	Elfb.	Gyps
Höhe	Cm.	137	137	107	107	90	90	80	80	80	80	70	70
Preise	Mk.	250	120	135	66	60	30	60	33	48	21	46	24
Wachsfarbe-Anstrich	„	—	20	—	12	—	7	—	6	—	6	—	5
Blattmetall-Broncirung	„	—	40	—	20		8	—	6	—	6	—	6
Kiste u. Emballage	„	24	24	12	12	6	6	5	5	5	3	5	5
Consolen an d. Wand zu befest. Acanthusbl.	Mk.	96	40	45	25	15	7,50	16	9	15	7,50	15	7,50
do. mit Adler	„	—		·	—	·		16	9	16	8	18	9
Wachsfarbe-Anstr. od. Bronceüberzug	„	—	6	—	5	—	5	—	4	—	4	—	4
Kiste u. Emballage	„	6	6	4	4	2	2	2	2	2	2	2	2

		7		8		9		10		11		12	13	14	15	16
		Lebensgross in grosser Uniform m. Mantel		Lebensgross ohne Gewand		Kleiner ¾ lebensgross in grosser Uniform		⅔ lebensgross in Uniform m. Mantel		½ lebensgross ohne Gewand		⅓ lebensgross in Uniform	½ lebensgross mit Mantel	⅓ lebensgross in Uniform	¼ lebensgross ohne Gewand	¼ lebensgross in Uniform
		Elfb.	Gyps	Elfb.	Gyps	Elfb.	Gyps	Elfb.	Gyps	Elfb.	Gyps	Elfb.	Elfb.	Elfb.	Elfb.	Elfb.
Höhe	Cm.	70	70	65	65	60	60	45	45	41	41	37	31	26	22	19
Preise	Mk.	46	24	36	18	23	16	23	12	12	7	15	10	6	4	5
Wachsfarbe-Anstrich	„	—	5	—	4	—	3	—	3	—	2	—	–	–	—	—
Blattmetall-Broncirung	„	—	6	—	6	—	6	—	4	—	2,50	15	2	—	—	—
Kiste u. Emballage	„	5	5	3	3	3	3	2	2	1,50	1,50	1,50	1	0,75	0,50	0,50
Consolen an d. Wand zu befest. Acanthusbl.	Mk.	15	7,50	12	8	10	5	7,50	5	5	3	5	2,50	1,50	1,50	1,50
do. mit Adler	„	16	9	—	—	10	6	7,50	5	—		—	2,50	—	—	—
Wachsfarbe-Anstr. od. Bronceüberzug	„	—	4	—	3	—	3	—	1,50	—	1,50	—	—	—	—	—
Kiste u. Emballage	„	2	2	2	2	1,50	1,50	1	1	1	1	1	0,50	0,50	—	—

(Elfenbeinmasse ist waschbar.)
Illustrirtes Preis-Verzeichniss berühmter Bildhauerwerke gratis. (Atelier für Marmorfiguren.)

Gebrüder Micheli
Unter den Linden 12
BERLIN.

Für die Redaktion verantw.: S. Haenle. Verlag: W. Moeser Hofbuchhandlung. Druck: W. Moeser Hofbuchdruckerei in Berlin.

№ 3 und 4. Berlin, 10. Januar. 1888.

Juristische Wochenschrift.

Herausgegeben von

S. Haenle, Justizrath, Rechtsanwalt in Ansbach, und M. Kempner, Rechtsanwalt beim Landgericht I. in Berlin.

Organ des deutschen Anwalt-Vereins.

Preis für den Jahrgang 20 Mark. — Inserate die Zeile 40 Pfg. — Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt.

Inhalt.

Aufsätze für die Juristische Wochenschrift, welche acht Spalten überschreiten, können nur ausnahmsweise angenommen werden. Aufsätze, welche sich auf Angelegenheiten des Anwaltstandes und die Reichsjustizgesetze beziehen, erhalten den Vorzug.

Die Redaktion.

Vom Reichsgericht.*)

(Fortsetzung.)

Wir berichten über die im Monat Dezember 1887 ausgefertigten Civilerkenntnisse.

I. Die Reichsjustizgesetze.

Zum Gerichtskostengesetz.

30. Der angefochtene Beschluß hat dem Kl. die im § 48 des G. K. G. vorgesehene Gebühr auferlegt, weil Kl., welcher gegen das abweisende erstinstanzliche Urtheil am 31. Mai 1887 Berufung eingelegt hatte, den Schriftsatz, enthaltend den Antrag und die mit neuen Thatsachen und Beweismitteln versehene Begründung derselben erst so kurze Zeit vor dem auf den 8. Oktober d. J. anberaumten Verhandlungstermin dem Vertreter des Gegners hatte zustellen lassen, daß dieser nicht imstande war, sich zum Termin Information zu verschaffen, und in demselben vortrug, er könne sich auf die Anführungen des Kl. nicht erklären. Die deshalb nach Vorschrift der §§ 481, 234 C. P. O. nothwendig gewordene Vertagung der mündlichen Verhandlung sei durch den Kl. selbst verschuldet worden, weil er seinem Vertreter, wie von diesem nachgewiesen worden, trotz wiederholter Erinnerung die erforderliche Information erst am 4. Oktober habe zugehen lassen. Die Beschwerde greift diesen Beschluß, welcher nach der ihm vom Richter gegebenen Begründung überall den Voraussetzungen des angezogenen § 48 entspricht, deshalb an, weil die Vertagung der mündlichen Verhandlung nicht wider den Willen des Bekl. erfolgt sei. Dieser habe Vertagung nur anheim gestellt und sich vor dem Termine mit dem Kl. geeinigt, nicht zu verhandeln, eine Einigung, welche blos deshalb nicht zur Ausführung gelangt sei, weil beim Eintritt in das zur Verhandlung bestimmte Lokal der Vorsitzende des Gerichts den Anwalt des Kl. sofort wegen der verspäteten Zustellung interpellirt habe. Durch diese Anführungen wird die Beschwerde nicht begründet. Richtig ist, daß das Gericht die Gebühr des § 48 a. O. nicht auferlegen kann, wenn beide Theile nicht verhandeln wollen. Die darauf gerichtet gewesene Einigung ist aber, wie Kl. selbst zugiebt, wenn auch vor dem Termin getroffen, doch in diesem nicht festgehalten worden. Das Gericht hat aber nur die in der Verhandlung abgegebenen Erklärungen zu berücksichtigen. Der Umstand aber, daß der Vertreter des Bekl. die Aufhebung des Termins „anheim stellt" nachdem er bemerkt hatte, er könne sich auf die neuen Anführungen des Gegners nicht erklären, ist deshalb für die angegriffene Entscheidung bedeutungslos, weil der Ausdruck anheimstellen in diesem Falle nichts Anderes besagen konnte als der Antrag richterliche Entscheidung zu treffen nach Maßgabe der Sach- und Rechtslage. V. C. S. i. S. Jung c. Hartmann vom 19. November 1887 B. Nr. 110/87 V.

31. In dem vor dem O. L. G. am 22. November 1887 anstehenden Termin zur mündlichen Verhandlung hat der Vertreter des Kl. die Vertagung der Sache und Anberaumung eines neuen Verhandlungstermins beantragt. Der Vertreter der Bekl. hat sich mit diesem Antrag einverstanden erklärt. Es ist hierauf ein neuer Verhandlungstermin anberaumt, zugleich aber der Bekl. auf Grund von § 48 des G. K. G. eine Strafgebühr in Höhe der vollen Verhandlungsgebühr auferlegt worden. Das O. L. G. hat angenommen, daß die Vertagung durch die Bekl. verschuldet sei, weil die vorbereitenden Schriftsätze derselben zu spät vorgebracht seien, um rechtzeitige Erklärungen des Kl. zu ermöglichen. Die Beschwerde der Bekl. gegen diesen Beschluß ist begründet. Die Verhängung einer Strafgebühr nach § 48 des G. K. G. wegen verschuldeter Veranlassung einer Vertagung setzt voraus, daß entweder die Verhandlung über die Sache selbst gemäß § 128 der C. P. O. begonnen hat oder daß dem Vertagungsantrag widersprochen ist, so daß das Gericht über denselben zu befinden hat. Wenn, wie im vorliegenden Fall, die Vertreter der Parteien lediglich zu dem Behuf in der mündlichen Verhandlung erscheinen, um ihre Uebereinstimmung in Bezug auf die Vertagung zu kon-

statiren, so liegt die Sache ebenso, wie wenn eine Verlegung des Termins vereinbart wäre. Der Vertagungsantrag und die Zustimmung des Gegners zu demselben ist in diesem Fall nur die Form, in welcher die Vereinbarung kundgegeben wird. An dieser Sachlage wird dadurch nichts geändert, daß das Protokoll vom 22. November 1887 den Vermerk enthält, daß über den Vertagungsantrag des Kl. mündlich verhandelt ist. Daß es nicht der Sinn des Gesetzes ist, in einem solchen Fall die Strafgebühr eintreten zu lassen, wird in der von der Reichstagskommission zum § 48 protokollirten Erklärung ausdrücklich ausgesprochen, ergiebt sich aber auch, abgesehen von derselben, aus dem Inhalt der gesetzlichen Bestimmung. I. C. S. i. S. Allg. Lübecker Feuer-Vers.-Gesellsch. c. Rusch vom 7. Dezember 1887 B Nr. 70/87 I.

Zur Rechtsanwaltsgebühren-Ordnung.

32. Der § 20 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte in Verbindung mit § 26 Ziffer I des G. K. G. knüpft die Herabsetzung der dem Rechtsanwalte in den §§ 13—18 der Gebührenordnung zugebilligten Prozeß- und Verhandlungs-Gebühren auf die Hälfte an die Voraussetzungen, daß es sich bei der Thätigkeit des Anwalts um eine prozeßhindernde Einrede im Sinne des § 247 der C. P. O. handle und daß jene Thätigkeit ausschließlich eine solche Einrede betreffe. Keine dieser Voraussetzungen liegt hier vor. Nicht die prozeßhindernde Einrede der Unzuständigkeit des angegangenen Gerichts hatten die Kl. und Widerbekl. der erhobenen Widerklage gegenüber vorgeschützt, — und konnten dies auch nicht, da das L. G. sowohl sachlich als persönlich über den Gegenstand der Widerklage zu entscheiden kompetent war; ihre Einrede erschien vielmehr als die der Unzulässigkeit der Widerklage wegen ermangelnder Konnexität derselben mit der Vorklage. Als solche fällt sie keineswegs mit der in § 247 Ziffer I der C. P. O. aufgeführten prozeßhindernden Einrede des inkompetenten Gerichts zusammen, sondern ist völlig selbständig und befreit den Widerbekl. nicht von der Nothwendigkeit der Einlassung auf die Widerklage. Dazu kommt, daß sich die Thätigkeit des beschwerdeführenden Anwalts im Verhandlungstermine vom 4. Mai 1887 in Wirklichkeit nicht blos auf den Vortrag der Einrede der Unzulässigkeit der Widerklage und deren Zurückweisung aus dem von der I. J. geltend gemachten formellen Grunde, sondern auf den Vortrag des gesammten Prozeßstoffs der Widerklage erstreckt hat. Ob das Gericht in der Lage war, die Verhandlungen auf jene Einrede zu beschränken, kann dahin gestellt bleiben, da eine solche Anordnung nicht ergangen ist. (Dem betr. Anwalt ist daher die volle Gebühr zuerkannt.) III. C. S. vom 17. Dezember 1887, Nr. 119/87 III.

II. Das Wechselrecht.

33. Das B. G. erklärt als auf konstanter Rechtsprechung beruhend, daß, wenn das im Wechsel angegebene Geschäftslokal oder die im Wechsel angegebene Wohnung zur Zeit der Protesterhebung nicht mehr zutreffe, der Protest in dem derzeitigen bekannten Geschäftslokal oder in der derzeitigen bekannten Wohnung aufzunehmen sei; desgleichen, daß eine Nachfrage bei der Polizeibehörde nach dem Geschäftslokale dann nicht erforderlich sei, wenn aus dem Wechsel oder aus dem Proteste sich ergiebt, daß die betreffende Person weder kaufmännische noch sonstige Geschäfte am Zahlungsorte betreibt, und ebensowenig in dem Falle, wenn Wechsel und Protest hierüber nichts ergeben. Diese Annahme des B. G. ist zutreffend. Desgleichen ist die Annahme des B. G. zutreffend, daß die Protesterhebung in der „jetzigen" Wohnung des Domiziliaten Neudorfstraße 31 sich mit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe in Uebereinstimmung befindet und daß weder die Angabe, auf welche Weise der Bekl. die Kunde davon, daß dies die jetzige Wohnung sei, noch die Feststellung fruchtloser Nachfrage bei der Polizeibehörde geboten gewesen sei. Es ist zunächst auf das bereits erwähnte Erkenntniß des Obertribunals vom 24. April 1866 (Striethorst, Bd. 62 S. 314) zu verweisen, welches in einem wesentlich gleich liegenden Falle beide Sätze ausdrücklich ausgesprochen hat. Es hat ferner das R. O. H. G. in dem Urtheil vom 21. Oktober 1874 (Entscheidungen Bd. 14 S. 262) in einem Falle, in welchem es sich um einen gegen einen Kaufmann erhobenen Protest handelte, ausgesprochen, daß der Wechsel in dem Geschäftslokale, welches der Trassat zur Zeit der Protesterhebung inne hatte, nicht in dem früheren, zur Zeit der Protesterhebung aufgegebenen Geschäftslokale zu protestiren und eine weitere Feststellung im Proteste nicht erforderlich war. Uebereinstimmend lautet ein späteres Urtheil desselben Gerichtshofes vom 2. Januar 1877 (Entscheidungen Bd. 21 S. 357), in welchem auf das eben angeführte frühere Urtheil Bezug genommen ist. Die gleiche Rechtsauffassung enthält das Urtheil des I. C. S. des R. G. vom 22. Dezember 1883 (abgedruckt in den Beiträgen von Rassow und Küntzel Bd. 28 S. 1013). In dem diesem Urtheil zu Grunde liegenden Falle hatten die Bekl. Unwirksamkeit des in der derzeitigen Wohnung des Domiziliaten aufgenommenen Protestes behauptet, weil darin nicht ausdrücklich konstatirt sei, daß der Notar den Domiziliaten in der im Wechsel angegebenen Wohnung gesucht und nicht angetroffen habe. Das B. G. erklärte eine solche Konstatirung für überflüssig und diese Annahme ist von dem R. G. unter Bezugnahme auf das vorangeführte Urtheil des R. O. H. G. vom 21. Oktober 1874 für durchaus zutreffend erklärt. Es erübrigt, darauf hinzuweisen, daß die Preußische Geschäftsanweisung für die Gerichtsvollzieher vom 24. Juli 1879 (Preußisches Justizministerialblatt von 1879 S. 205 § 112), indem sie dem Gerichtsvollzieher allgemein, ohne bestimmte Weisung, vorschreibt, davon sich genaue Ueberzeugung zu verschaffen, daß das Geschäftslokal (Wohnung) auch wirklich dasjenige des Protestaten sei, von einer solchen Weisung absichtlich abgesehen zu haben und insoweit mit jener Rechtsprechung übereinzustimmen scheint. IV. C. S. i. S. Leschnig c. Steyer vom 12. Dezember 1887, Nr. 226/87 IV.

III. Das Handelsrecht.

34. Ein auf Eingehung einer Handelsgesellschaft gerichteter Vertrag ist an sich rechtswirksam, sobald nur der einzugehende Gesellschaftsvertrag genügend bestimmt ist. Im vorliegenden Revers ist als Gegenstand der Gesellschaft angegeben, der Fortbetrieb des vom Bekl. betriebenen Handelsgeschäfts während fünf Jahren vom 1. April 1887 an. Dies genügt; denn betreffs aller anderen Bedingungen greift das H. G. B. bestimmend ein. I. C. S. i. S. Klösel c. Weber vom 26. November 1887, Nr. 274/87 I.

35. Der I. R. hat die Anwendung des Art. 125 H. G. B. eben deshalb abgelehnt, weil er annimmt, daß der Bekl. in dem

guten Glauben einer Befugniß sich befunden habe. Es würde daher einer präcisen Feststellung bedürfen, ob der Bekl. sich bewußt gewesen, daß er unberechtigt über das Gesellschaftsvermögen zu seinen Privatzwecken verfüge. Aber es genügt auch noch nicht die Feststellung, daß ein Mißbrauch im gesetzlichen Sinne vorliege. Das Gesetz sagt, daß in den als Beispiele im Art. 125 Absatz 3, 2b, 1 bis 5 aufgeführten Fällen die Auflösung ausgesprochen werden könne, nicht daß sie in diesen Fällen ausgesprochen werden müsse. Es liegt daher dem Gericht, auch wenn der Thatbestand einer der Nummern 1 bis 5, als vorliegend angenommen wird, immer noch die weitere Prüfung und Feststellung ob, daß in dem festgestellten Thatbestande auch ein wichtiger Grund der Auflösung gefunden werde; es wird daher nicht jeder geringfügigste Mißbrauch mit Nothwendigkeit zur Auflösung führen; es werden auch die dem betreffenden Gesellschafter zur Seite stehenden Entschuldigungsgründe der Erwägung bedürfen; es mag in dieser Beziehung beispielsweise hervorgehoben werden, daß der I. R. in seinem Thatbestand sagt: „da Bekl. Ende Juli 1886 vom Kl. Geld zum Lebensunterhalt nicht erhielt und deshalb in Noth gerieth, verpfändete er drei Stück Lagerwaare." Es werden alle zur Entschuldigung des Bekl. dienlichen Umstände des Falles sorgfältig und eingehend gewürdigt werden müssen, um nach richterlichem Ermessen zu entscheiden, ob ein wichtiger Grund zur Auflösung vorliege. I. C. S. i. S. Staffen c. Rehfeld vom 19. November 1887 Nr. 268/87 I.

36. Der Anspruch des stillen Gesellschafters auf Rückzahlung besteht so lange, bis der Untergang der Forderung durch die Absorbirung der Einlage in Folge der Geschäftsverluste nachgewiesen ist. Diesen Untergang haben diejenigen zu behaupten und zu beweisen, welche daraus Rechte für sich ableiten wollen, also insbesondere die Gläubiger, welche auf Grund dieses Einwandes dem Anspruche des stillen Gesellschafters widersprechen zu können glauben. III. C. S. i. S. Rompel c. Flöck vom 2. Dezember 1887 Nr. 114/87 III.

37. Der B. R. verletzt nicht die Bestimmung des Art. 319 H. G. B., nach welchem bei einem unter Abwesenden gestellten Antrage der Antragende bis zu dem Zeitpunkte gebunden bleibt, in welchem er bei ordnungsmäßig rechtzeitiger Absendung der Antwort den Eingang der letzteren erwarten darf. Denn abgesehen davon, ob diese, sich nur auf Verhandlungen unter Abwesenden beziehende Bestimmung im vorliegenden Falle überhaupt anwendbar sein würde (vgl. Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. 8 S. 61 ff. und des R. O. H. G. Bd. 8 S. 396 ff.), so ist dieselbe jedenfalls nicht eine absolut gebietende und sie ist unanwendbar, wenn, wie im vorliegenden Falle das B. G. festgestellt hat, der Antragende seinem Antrage die Erklärung beifügt, nur während desselben Tages, an welchem der Antrag gestellt wurde, an denselben gebunden sein zu wollen. Vgl. Hahn's Kommentar § 3 zu Art. 319 H. G. B. I. C. S. i. S. Ranisch, Schwedersky u. Comp. c. Guthe, Mundoch u. Comp. vom 17. Dezember 1887, Nr. 306/87 I.

38. In der oberstrichterlichen Rechtsprechung ist der Grundsatz stets (mit Recht) zur Geltung gebracht, daß derjenige, welcher seinem an sich beweispflichtigen Gegner die Beweisführung schuldhafter Weise unmöglich mache, sich nicht durch Berufung auf die dem Gegner treffende Beweislast vertheidigen dürfe; daß vielmehr ihm gegenüber die betreffende gegnerische Behauptung als wahr zu gelten habe, falls es ihm nicht gelinge, klarzulegen, daß dieselbe unrichtig sei. Auch dann, wenn ein Genusverkauf abgeschlossen, dabei eine bestimmte Eigenschaft der zu liefernden Waare ausdrücklich vorbedungen, von dem Verkäufer die Waare, welche er in Erfüllung des Verkaufes liefere, individuell (durch deren Absendung an den Käufer) bestimmt, diese übersendete Waare von dem Käufer, (wenn auch unter Rüge des Mangels der vorbedungenen Eigenschaft und Geltendmachung des Preisesminderungsrechts) als die (wenn auch fehlerhafte) Kaufswaare übernommen worden ist, liegt es dem (als dann von dem Verkäufer auf Zahlung des Vertragspreises verklagten) Käufer ob, denjenigen Thatbestand, auf welchen er den Vertheidigungsbehelf des zu mindernden Preises gründet, klarzulegen, d. h. zu behaupten und im Fall gegnerischen Bestreitens zu beweisen. — Der beklagte Käufer leugnet nicht etwa (qualificirt) den Klagegrund (den Abschluß des Verkaufs und Verkaufsvertrages, und die Uebersendung der übernommenen Waare in Erfüllung jenes Vertrages); sondern er gründet seine Vertheidigung, daß er befugt sei (trotz der Existenz der die Klage begründenden Thatsachen) seine Verpflichtung als Käufer durch Zahlung einer geringeren Geldsumme als die Vertragspreisessumme zu erfüllen, auf einen besonderen (das Fundament einer Einrede bildenden) Thatbestand. Der Bekl. sucht (in einer der Natur des Kaufvertrages angepaßten Weise) durch Geltendmachung des Anspruchs auf Vertragspreisesminderung eine Entschädigung dafür zu erzielen, daß der Verkäufer den bestehenden Kaufvertrag (nicht etwa nicht erfüllt, wohl aber) mangelhaft erfüllt habe. — Diese Norm ist maßgebend bei Entscheidung derjenigen Fälle, für welche, sei es das gemeine Recht, sei es das P. A. L. in Verknüpfung mit dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche anzuwenden ist. Durch die Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes in England ist derselbe Grundsatz auch als Englisches Recht festgestellt, was berührt werden mag, da der vorliegende Rechtsstreit zwischen einem Handlungshause in England und einem Deutschen Kaufmann geführt wird. I. C. S. i. S. Lichtenstein c. Eichholtz u. Co. vom 9. November 1887 Nr. 250/87 I.

39. In der bloßen Entgegennahme der Waare als Erfüllungsobjekt liegt noch keineswegs nothwendig die Ergreifung des juristischen Besitzes. Solange nicht die Absicht des Käufers, den juristischen Besitz ergreifen zu wollen, ausdrücklich oder durch concludente Thatsachen erklärt ist, oder diese Absicht gesetzlich fingirt werden muß, wird der Käufer durch die Entgegennahme der Waare nicht juristischer Besitzer, sondern nur Detentor (vgl. Entscheidungen des R. G. Bd. XII. S. 81). Es ist aber auch rechtsirrthümlich, wenn das B. G. die „Empfangnahme" im Sinne des Art. 343 H. G. B. identificirt mit dem Erwerbe des juristischen Besitzes durch den Käufer. Denn unter „Empfangnahme" im Sinne der allegirten gesetzlichen Bestimmung ist nicht der Erwerb des juristischen Besitzes, sondern nur die thatsächliche Entgegennahme der Waare als Erfüllungsobjekt zu verstehen. III. C. S. i. S. Heins & Asbeck c. Robertson & Hernsheim vom 11. November 1887 Nr. 162/87 III.

40. Der Käufer, wenn er unter Rüge angeblicher Mängel

die gelieferte Waare annimmt und das Preisminderungsrecht geltend macht, ist (nach dem Gesetzesgrunde der Norm des zweiten Absatzes des Art. 348 H.G.B. und dem Prinzipe, daß im Handelsverkehr ein der guten Treue entsprechendes Verhalten zu beobachten sei), verpflichtet, während einer (nach der konkreten Lage des Falles) billig bemessenen Frist keine faktischen Verfügungen über die beanstandete Waare zu realisiren, welche dem Verkäufer die Feststellung des Zustandes der Waare unmöglich machen. I. C. S. i. S. Lichtenstein c. Eichholtz u. Co. vom 9. November 1887 Nr. 250/87 I.

IV. Sonstige Reichsgesetze.

Zum Genossenschaftsgesetz.

41. Unbestritten bestand zwischen den streitenden Theilen, die als „eingetragene Genossenschaften" Kaufleute sind — vergl. § 11 des Gen. Ges. vom 4. Juli 1868 — eine Geschäftsverbindung; insbesondere hatte Bekl. schon vorher einen ähnlichen Auftrag des Kl. ausgeführt. Er war daher nach Art. 323 des H. G. B. verpflichtet, auf den Antrag vom 3./6. Oktober 1884 ohne Zögern zu antworten, widrigenfalls sein Schweigen als Zustimmung angesehen werden mußte. Was als umgehende Antwort nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange im Sinne des Art. 323 cit. zu gelten hat, ist wesentlich Thatfrage und es ist deshalb kein Rechtsirrthum, wenn der B. R. telegraphische Ablehnung des Antrags forderte. Denn die Benutzung des Telegraphen statt der Post kann nach der Sachlage als geboten erscheinen. III. C. S. i. S. Altonaer Creditverein c. Zuiner Creditverein vom 6. Dezember 1887 Nr. 189/87 III.

Zur Reichsgewerbeordnung.

42. Es ist nicht rechtsirrthümlich, wenn das B. G. ausführt, daß die Anwendbarkeit der in § 7 Ziffer 6 cit. enthaltenen Vorschrift auf das Apothekergewerbe durch die in § 6 der R. Gew. O. enthaltene Bestimmung, daß das gegenwärtige Gesetz keine Anwendung finde, auf die Errichtung und Verlegung „von Apotheken" nicht ausgeschlossen werde, diese Auffassung des Gesetzes ist vielmehr für zutreffend zu erachten. III. C. S. i. S. Stadt Lemgo c. Awerbeck vom 29. November 1887 Nr. 197/87 III.

Zum Rayongesetz.

43. Soweit es sich um die Anwendung von § 42 des R. Ges. vom 21. Dezember 1871 handelt, wird vom Kl. ohne Grund geltend gemacht, diese vom B. G. als geltend angesehene Vorschrift sei durch die C. P. O. aufgehoben worden. Nach § 13 Abs. 1 des E. G. zu diesem Gesetzbuch werden die prozeßrechtlichen Vorschriften der Reichsgesetze durch die C. P. O. nicht berührt. § 42 des Reichs-Rayon-Gesetzes ist aber auch durch die weiteren Vorschriften des erwähnten § 13 nicht außer Kraft gesetzt worden. Das B. G. hat nun allerdings mit Unrecht angenommen, § 42 Abs. 3 des erwähnten Gesetzes, welcher lediglich sagt, daß das Ergebniß der Beweisaufnahme vom Gericht nach freier Ueberzeugung zu würdigen sei, stimme mit § 260 der C. P. O. überein. Eine solche Uebereinstimmung besteht keineswegs. Vielmehr giebt § 42 lediglich dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung Ausdruck, der auch in § 259 der C. P. O. Aufnahme gefunden hat. Durch diesen Verstoß kann aber die Revision nicht gerechtfertigt werden, da das angefochtene Urtheil auf demselben nicht beruht. Auch nach § 259 der C. P. O. war das B. G., nachdem die Parteien den Inhalt der im Verwaltungsverfahren erhobenen Gutachten vorgetragen und sich in erster Linie auf diese als Beweismittel gestützt hatten, nicht verpflichtet, dem eventuellen Antrag des Kl. entsprechend, neue Sachverständige zu ernennen, konnte vielmehr, wenn das vorliegende Material ihm eine sichere Beurtheilung gestattete, „unter Berücksichtigung des gesammten Inhalts der Verhandlung" nach freier Ueberzeugung entscheiden, ob die Behauptungen des Kl. für wahr oder für nicht wahr zu erachten seien. Von dieser Befugniß hat dasselbe Gebrauch gemacht und in dem Urtheile die Gründe, welche für seine Ueberzeugung leitend waren, eingehend dargelegt, sonach allen Anforderungen des § 259 der C. P. O. Genüge geleistet. Bei dieser Sachlage brauchte nicht geprüft zu werden, ob es sich bei der Sache um Feststellung eines Schadens im Sinne des § 260 der C. P. O. handelte und sonach diese Vorschrift deshalb Anwendung zu finden hatte. II. C. S. i. S. Herrenschmidt c. Reichsmilitairfiskus vom 2. Dezember 1887 Nr. 225/87 II.

Zum Markenschutzgesetz.

44. Das B. G. sagt, daß die Verschiedenheit der Farbe beim Gebrauche der beiden Waarenzeichen deshalb nicht in Betracht komme, weil die Farbe kein Bestandtheil des Waarenzeichens sei und aus diesem Grunde die Bekl. jeder Zeit befugt wäre, auch an ihren Waarenzeichen in der Art der klägerischen Marke ein Mittelschild zu färben, sobald die Entscheidung im Sinne des I. R. rechtskräftig würde. Wäre damit als Rechtssatz ausgesprochen, daß eine rechtskräftige Entscheidung, durch welche die Aehnlichkeit der das Zeichen bildenden Figuren und Buchstaben mit dem anderen Zeichen verneint worden ist, immer auch Rechtskraft für Nachahmung der in diesem anderen Zeichen gewählten Färbung begründe, so wäre § 293 der C. P. O. verletzt, weil über den Anspruch auf die Farbe nicht erkannt worden ist. Es läge ferner eine Verletzung der §§ 1, 2, 3, 18 des Gesetzes vom 30. November 1874 vor, wenn ausgesprochen wäre, daß die Farbe in einem Waarenzeichen überhaupt nicht als Bestandtheil desselben gelten könne; denn das Gesetz schließt Zeichen in einer bestimmten Farbe nicht (wie bloße Zahlen, Buchstaben, Worte) als Waarenzeichen aus und nach heraldischen Grundsätzen können auch unter Umständen (angemeldete) Farben als wesentlicher Bestandtheil eines Waarenzeichens betrachtet werden, wie denn auch in der Rechtsprechung Beispiele hierfür nachzuweisen sind. Das B. G. geht jedoch, da von keinem Theile die Zeichen mit oder in einer Färbung angemeldet worden sind (vergleiche die Auszüge aus den Zeichenregistern der Amtsgerichte zu Düsseldorf und Elberfeld) davon aus, daß im gegebenen Falle die bei der Verwendung gewählten Farben nicht zum Waarenzeichen gehören, also völlig frei seien, und daraus konnte ohne Verletzung des § 293 der C. P. O. die Folgerung gezogen werden, daß die Bekl. ihre Zeichen, wenn sie rechtskräftig für zulässig erklärt wären, auch in jeder ihr beliebenden Farbe anbringen könnte. II. C. S. i. S. Breuer u. Schmitz c. R. u. A. Müller vom 15. November 1887 Nr. 176/87 II.

Zum Patentgesetz.

45. Durch die Vorentscheidung des Kaiserlichen Patentamts vom 15. April 1886 ist gegen die Ingenieure A. und B. ausgesprochen, daß die Anwendung eines Druckreduzirventils auf einen Apparat, welcher Bier mittelst flüssiger Kohlensäure hebt,

neu sei. Die Entscheidung ließ jene Anwendung auch als Erfindung gelten und fügte aus diesem Grunde nur dem eventuellen Antrage der Nichtigkeitskläger auf Einschränkung jenes Patents; der prinzipale Antrag auf Vernichtung wurde für nicht begründet erachtet. Gegen diese Entscheidung haben die Mitkläger damals ein Rechtsmittel nicht eingelegt; sie ist also gegen sie rechtskräftig geworden. Das hat die Bedeutung, daß jene Mitkläger für ihre Person gegen sich gelten lassen müssen, daß die eingeschränkte Erfindung als neu gilt, weil sie zur Zeit der Anmeldung nicht bereits in öffentlichen Druckschriften beschrieben oder im Inlande offenkundig benutzt war. Die Wirkung der rechtskräftigen Entscheidung ist keineswegs beschränkt auf den von dem Nichtigkeitskläger zur Begründung seiner Klage im Vorprozeß vorgetragenen Thatbestand, also nicht auf die von ihm damals vorgetragenen Anticipationen. Denn nicht dieser beschränkte Thatbestand, sondern die Behauptung, die Erfindung sei nicht neu (Patentgesetz § 2), bildet den Klagegrund. Es darf dem Nichtigkeitskläger nicht nachgesehen werden, nachdem einmal über die Neuheit gegen ihn entschieden ist, immer wieder mit neuen Behauptungen anderer Anticipationen aufzutreten, um dieselbe Erfindung von neuem anzufechten. Vielmehr hat er im Nichtigkeitsverfahren das gesammte Material vorzuführen, aus welchem er glaubt, die Nichtigkeit ableiten zu können. Wenn ihm dabei von dem in öffentlichen Druckschriften Beschriebenen oder von öffentlichen Benutzungen etwas verborgen geblieben ist, so ist das sein Schaden. Andererseits präjudizirt jene Entscheidung nur denjenigen Personen, welche im Vorprozeß als Nichtigkeitskläger aufgetreten sind, also nicht dem Mitkläger C. Soweit er die Klage bezüglich des Patents 16 826 erhoben hat, war die patentamtliche Entscheidung, bezüglich dieses Patents, zu bestätigen. I. C. S. i. S. A.-G. für Kohlensäure-Industrie c. Kuhnt vom 12. November 1887 Nr. 321/87 I.

Zu den Reichsstempelgesetzen.

46. Vorliegend handelt es sich um die Stempelpflichtigkeit einer großen Anzahl von Kaufgeschäften, welche der Kl. in der Zeit vom 8. Dezember 1885 bis zum 30. September 1886 an der D.er Börse als Verkäufer theils für eigene theils für fremde Rechnung über Quantitäten von Weizen und Roggen, die sich am Platze in Speichern, Kähnen, Waggons oder sonstigen Transportwerkzeugen zu seiner Verfügung befanden, nach den für Platzgeschäfte geltenden Usancen der D.er Börse abgeschlossen hat, und zwar, wie die vom Bekl. anerkannten Schlußscheine ergeben und in I. J. unstreitig gewesen, in II. J. jedoch vom Bekl. bestritten ist, nach, den Käufern vorgelegten, Proben der Waare. Der Kl. ist der Meinung, daß derartige Geschäfte der fraglichen Stempelabgabe nicht unterworfen seien, weil sie bezüglich der Bestimmung der Waarenqualität nicht nach den D.er Börsen-Usancen und eben deshalb auch nicht über börsenmäßig gehandelte Waaren geschlossen seien, und der I. R. ist ihm in letzterer Hinsicht mit der Ausführung beigetreten, daß in den vorliegenden Fällen stets „ein individualisirtes Quantum, ein in bestimmten Räumen abgesondert vorhandene Waarenmenge" verkauft sei, daß aber nicht für solche individualisirte sondern nur für generisch bezeichnete, aus dem allgemeinen Angebot beliedig auszuwählende Waaren Terminpreise notirt würden. — Der B. R. hiergegen hat angenommen, daß die vorliegenden Geschäfte, auch wenn sie nach vorgelegten Proben über individualisirte, zur sofortigen Uebergabe bereite Waaren geschlossen wären, den Erfordernissen der gedachten Tarifposition entsprächen, weil es nur darauf ankomme, daß für die gehandelte Waaren-Gattung oder -Sorte Terminspreise notirt seien, dies aber hier zuträfe, da nach der maßgebenden und unanfechtbaren Feststellung der Landesregierung an der D.er Börse Terminpreise für Weizen und Roggen — ohne Unterscheidung bestimmter Sorten — notirt würden. — Die Auffassung des B. R. ist unter Verwerfung der vom Kl. eingelegten Revision gebilligt und die Entscheidung sehr eingehend begründet. IV. C. S. i. S. Damme c. Fiskus vom 24. November 1887 Nr. 119/87 IV.

V. Das Gemeine Recht.

47. Nach dem gemeinen Deutschen protestantischen Eherechte unterliegt keinem Bedenken, daß kein Ehemann ein Recht auf Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft seiner Frau gegenüber hat, so lange er sich in seiner Wohnung eine Beischläferin hält. VI. C. S. i. S. Koch c. Koch vom 8. Dezember 1887, Nr. 238/87 VI.

48. Nicht jeder Besitz auf Grund eines rechtlich nicht begründeten Titels ist als ein Besitz pro possessore anzusehen, sondern die Erbschaftsklage ist nur gegen denjenigen begründet, welcher aus einem nichtigen Titel Erbschaftssachen besitzt und die Nichtigkeit dieses Titels entweder kennt oder doch, ohne daß ihm ein entschuldbarer Rechtsirrthum zur Seite stände, kennen muß. III. C. S. i. S. Fischer c. Fischer vom 2. Dezember 1887, Nr. 136/87 III.

49. Es ist allerdings die Frage, ob derjenige, welcher nicht selbst Besitzer der Sache, sondern nur Stellvertreter eines dritten Besitzers ist, durch constitutum possessorium den Besitz der Sache auf einen Dritten übertragen könne, streitig und von älteren Juristen, unter Bezugnahme auf l. 18 pr. l. 32 § 1 Dig. 41, 2, verneint worden, indem dieselben davon ausgingen, daß stets juristischer Besitz auf Seiten des Konstituenten vorausgesetzt werde. Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigetreten werden. Nach den über den Erwerb und den Verlust des durch einen Repräsentanten ausgeübten Besitzes geltenden allgemeinen Grundsätzen und nach dem Prinzipe, auf welchem das constitutum possessorium beruht, muß angenommen werden, daß durch den Entschluß des Vertreters, die Sache nicht mehr für den Vertretenen, sondern für einen Anderen besitzen zu wollen und durch die Bethätigung dieses Entschlusses der Besitz des Vertretenen verloren und für den Dritten, für welchen der Repräsentant besitzen zu wollen erklärt hat, erworben sei, sofern es sich um den Besitz beweglicher Sachen handelt. Dieser Annahme steht auch nicht, wie die Rkl. geltend machen, der Satz nemo sibi causam possessionis mutare potest entgegen. Denn diese Regel bezieht sich nicht auf die Frage des Besitzerwerbs, sondern auf die Frage der Rechtmäßigkeit des Besitzes, sie spricht den Satz aus, daß Niemand sich selbst einen Rechtsgrund (Titel) seines Besitzes verschaffen könne. Geht man aber von diesen Grundsätzen aus, so hat das B. G. mit Recht angenommen, daß durch den von E. mit dem Kläger am 18. Juni 1881 abgeschlossene Vertrag und das sich anschließende constitutum possessorium der Besitz der Firma E. & Comp. an den hier in Rede stehenden Sachen, welcher für sie von E., unter

Voraussetzung der Wahrheit der von den Bekl. aufgestellten Behauptungen ausgeübt wurde, verloren und der Besitz des Kl. begründet sei. Denn E. hat zweifellos durch diese Rechtsgeschäfte und Erklärungen den Willen bethätigt, fortan nicht mehr für E. & Comp., sondern für den Kl., als dessen Stellvertreter, den Besitz der fraglichen Gegenstände ausüben zu wollen. Dabei kommt es darauf, ob E. & Comp. von dieser Veränderung des Besitzwillens ihres Repräsentanten Kenntniß erhalten und sich dabei beruhigt haben, nicht an, da jedenfalls bei beweglichen Sachen zum Besitzverluste das Wissen des bisherigen Besitzers von der Apprehensionshandlung des neuen Erwerbers nicht nothwendig ist. III. C. S. i. S. Harms u. Gen. c. Rohde vom 25. November 1887, Nr. 165/87 III.

50. Es ist zwar vielfach die Ansicht vertreten, daß die Maschinen niemals als Pertinenzen eines Gebäudes betrachtet werden könnten, weil dieselben nicht zum Gebrauch des Gebäudes, sondern mit diesem zusammen einen dritten gemeinschaftlichen Zwecke, dem Fabrikbetriebe des Eigenthümers dienten. Allein diese Ansicht kann für richtig nicht erachtet werden. Daß die Gebäude wie die Maschinen gleichmäßig für den Fabrikbetrieb bestimmt sind, ist zuzugeben, und ebenso ist es richtig, daß diese gemeinschaftliche Bestimmung noch nicht die Pertinenzqualität begründet. Daraus folgt aber nur, daß man nicht den allgemeinen Satz aufstellen darf, daß in allen Fällen die Maschinen Pertinenzen der Gebäude seien. Auf der andern Seite schließt aber auch die gemeinschaftliche Zweckbestimmung zweier Sachen nicht aus, daß die eine Sache Pertinenz der andern sei. Es kann daher, wie das angefochtene Urtheil zutreffend betont, nur die concrete Lage des einzelnen Falles darüber entscheiden, ob nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts die Maschinen als Pertinenzen der Gebäude, in welchen sie aufgestellt sind, angesehen werden können. Mit Recht nimmt nun das B. G. an, daß bewegliche Sachen gemeinrechtlich dann als Pertinenzen eines Immobile betrachtet werden müssen, wenn sie zu demselben in ein derartiges dauerndes Verhältniß gebracht sind, daß sie nicht lediglich dem Bedürfnisse des jeweiligen Besitzers, sondern dem bleibenden Zwecke des Immobiles und damit dem Bedürfnisse seiner jedesmaligen Besitzer zu dienen bestimmt erscheinen. Bezüglich der in einem Fabrikgebäude bestimmten Maschinen ist dies dann anzunehmen, wenn objektiv nach der baulichen Einrichtung dieses (concreten) Gebäudes gerade diese (concreten) Maschinen für dasselbe bestimmt sind. Die obenerwähnte Ansicht, nach welcher die Maschinen niemals als Pertinenzen der Gebäude anzusehen sind, übersieht, daß es bei der Frage, was als Pertinenz eines Gebäudes aufzufassen ist, nicht auf den abstracten Begriff eines Gebäudes überhaupt ankommt, sondern ganz wesentlich die concrete wirthschaftliche Bestimmung eines Gebäudes mit in's Auge gefaßt werden muß. Ist daher ein Gebäude für einen ganz bestimmten Fabrikbetrieb gebaut und ist der Bau von vorneherein für die dort aufgestellten Maschinen eingerichtet, und kann endlich auch nach der objektiven Sachlage ein Zweifel darüber nicht aufkommen, daß alles dies einem bleibenden Zwecke zu dienen bestimmt ist, so muß man auch annehmen, daß in solchem Fall die Maschinen Pertinenzen der Gebäude sind. III. C. S. i. S. Rompel c. Flock vom 2. Dezember 1887 Nr. 114/87 III.

51. (Mecklenburgischer Fall). Die gesammte Hand ist überhaupt kein Institut des gemeinen Lehnrechts, sondern sie hat sich nur partikulär und zwar sehr verschieden entwickelt. Ein Mitbesitz der Gesammthänder ist nur da vorhanden, wo sich die alte Gesammtbelehnung erhalten hat, die auf der Voraussetzung beruht, daß die Gesammthänder wirklich zu ungetheilter Wirthschaft im Lehngut sitzen bleiben. Dieser Fall liegt hier auch nach den Behauptungen des Klägers nicht vor. Bei der späteren Belehnung zur gesammten Hand, um die es sich hier allein handeln könnte, wurden den mit dem besitzenden Vasallen zur gesammten Hand Belehnten lediglich Successionsrechte zugesichert, sie wurden aber nicht Mitbesitzer desselben. Vergl. Roth, Mecklenburgisches Lehnrecht S. 61 fg., der zugleich bemerkt, daß seit dem 16. Jahrhundert die gesammte Hand in Mecklenburg nicht mehr üblich sei. I. C. S. i. S. Otto c. Johannes und Gen. vom 14. Dezember 1887, Nr. 298/87 I.

52. Aus den durch die Aufheirathung auf einen Meierhof sich ergebenden Rechtsverhältnissen und aus der rechtlichen Stellung, welche der aufheirathende Wirth erhält, folgt, daß dasjenige, was der aufheirathende Wirth bei seiner Verheirathung an Geld oder Sachen seiner Ehefrau zubringt, dem Hofe zu gute kommt, als Gegenleistung für die dem aufheirathenden Wirthe gewährten, weit gehenden dinglichen Nutzungs- und Verwaltungsrechte erscheint, und daß ein Recht zur Zurückforderung dieser Illaten dem aufheirathenden Wirthe und dessen Erben nicht zusteht. — Berücksichtigt man die rechtliche Stellung, welche der auf einen Meierhof aufgeheirathete Wirth hat, daß er zwar nicht Herr und Eigenthümer des Hofes ist, aber weitgehende dingliche Nutzungs- und Verwaltungsrechte hat, abgesehen von der beschränkten Veräußerungsbefugniß und dem Ausschluß des Rechts letztwilliger Dispositionen über den Hof, diesen für die Dauer seines Lebens wie der Herr nutzt, verwaltet und vertritt, so ist es berechtigt, anzunehmen, daß er die zum Besten des Hofes, zur Verbesserung desselben und des damit verbundenen Allods gemachten Aufwendungen nicht für eine fremde Sache in der Erwartung des Ersatzes, sondern im eigenen Interesse und zu seinem eigenen Nutzen gemacht habe, und daß seinen Erben ein Anspruch auf den Ersatz dieser Verwendungen nicht zustehe. — Wie während der Wirthschaftsführung des aufgeheiratheten Wirths derselbe die zur Fortführung der Wirthschaft nothwendigen Früchte zu diesem Zwecke verwenden muß und nur der Ueberschuß zu seinem Vermögen gehört, so muß auch von dem bei seinem Tode vorhandenen Früchten der zur Fortführung der Wirthschaft nothwendige Theil zu diesem Zwecke ausgeschieden werden, und es steht den Erben des aufgeheiratheten Wirths nur ein Anspruch auf den Ueberschuß zu. III. C. S. i. S. Fischer c. Fischer vom 2. Dezember 1887, Nr. 136/87 III.

53. Das Bergregal des früheren Deutschen Rechts war aus der Anschauung hervorgegangen, daß die unter der Erdoberfläche lagernden Schätze nicht dem Grundeigenthümer sondern dem Kaiser beziehungsweise den Landesherren gehören und daß nur Letzteren ein Recht auf Gewinnung der Schätze zustehe. Auch nachdem diese Anschauung dem Prinzip der sogenannten Freierklärung des Bergbaues gewichen war, hat sich das Bergregal vielfach in der Weise erhalten, daß die Landesherren als Inhaber des Regals oder die von ihnen belehnten Inhaber desselben das alleinige Recht besaßen, in einem bestimmten Reviere den Bergbau zu betreiben, nämlich die daselbst sich vorfindenden regalen

Fossilien bergmännisch aufzusuchen, zu okkupiren und auszubeuten. Dieser Charakter des Regals wird regelmäßig anzunehmen sein, wenn der Regal-Inhaber es war, welcher seit Jahrhunderten allein und ausschließlich in einem auch fremdes Grundeigenthum umfassenden Bezirke den Bergbau betrieben und die vorhandenen mineralischen Schätze sich angeeignet hat. Ob und in welcher Weise der Regalherr, um seine Berechtigung auch auf fremdem Gute auszuüben, von dem Expropriationsrecht Gebrauch gemacht hat, ist für jene Charakterisirung des Regals nicht von allein maßgebender Bedeutung. Es liegt in der Natur der Sache, daß zwischen dem Rechte des Grundeigenthümers und den Befugnissen des Bergbauberechtigten, welcher die in dem Grundstück lagernden Mineralien suchen und holen darf und zu diesem Behufe über die Substanz des Grundstücks disponiren muß, in jedem Falle eine Collision eintritt; es ist aber selbstverständlich, daß diese Collision auf dem Zwangswege der Expropriation nur da ihre Lösung zu erhalten hat, wo dies durch den Widerspruch des Eigenthümers nöthig gemacht wird. Erfolgt ein Widerspruch überhaupt nicht oder geht eine gütliche Vereinbarung voran, sei es daß der Bergbauberechtigte dem Grundeigenthümer das Grundstück nach Aufhören des Bergwerks unter Entschädigung wieder zurückzugeben hat, oder daß die Betheiligten eine vollständige Eigenthumsabtretung beschließen, so kann der Bergbauberechtigte sein Vorhaben ausführen, ohne zum Enteignungsverfahren greifen zu müssen. Dieses Letztere ist also keineswegs das spezifische Erkennungszeichen für die Besitzesausübung eines Bergregals in dem vorgedachten Sinne. III. C. S. i. S. Fürstl. Bentheim'sche Domänenkammer c. Vogelsang vom 19. November 1887, Nr. 85/87 III.

54. Nach den Feststellungen des B. G. hat unter den Parteien eine auf gemeinsamen Erwerb und Eigenthums-Gemeinschaft gerichtete Uebereinkunft bestanden und es hat Gewinn durch die stückweise Veräußerung des Grundstücks erzielt werden sollen. Dieses Verhältniß giebt dem Gesellschafter nach l. 74 D. pro socio 17. 2 einen Anspruch darauf, daß der Mitgesellschafter das in eigenem Namen Erkaufte in das gemeinschaftliche Vermögen bringe und ist nicht vereinbart, daß der Erwerber bis zur Auflösung der Gesellschaft oder bis zu einem bestimmten Termine oder Ereignisse Alleineigenthümer bleibe, so muß letzterer auf Verlangen des Socius das Erworbene alsbald in die Gemeinschaft bringen. III. C. S. i. S. Stricker c. Meyer vom 11. November 1887 Nr. 171/87 III.

55. Die erhobene Klage war ursprünglich nur auf Theilung der Errungenschaft in die den Eheleuten daran gebührenden Hälften gerichtet, indem der Kl. die Hälfte seiner Mutter als angeblicher Alleinerbe derselben beanspruchte. Insoweit hatte sie den Charakter der gewöhnlichen Theilungsklage (actio communi dividundo utilis). Dadurch aber, daß ein Miterbrecht des Bekl. an jener Hälfte Streitgegenstand geworden ist, hat sie nachträglich zugleich die Natur der Erbtheilungsklage (actio familiae herciscundae) angenommen. Allein mit den Grundsätzen beider Klagen steht eine Beschränkung derselben auf einzelne Theilungsgegenstände nicht im Widerspruche. Die Zulässigkeit derselben ist bezüglich der actio communi dividundo überhaupt nicht zu beanstanden. Ebensowenig läßt sich bei der actio familiae herc. mit Grund dagegen einwenden. Die l. 20 § 4 Dig. 10, 2 bestimmt: Familiae herciscundae judicio amplius quam semel agi non potest, nisi causa cognita; quodsi quaedam res indivisae relictae sunt, communi dividundo de his agi potest. Es wird hier also gerade vorausgesetzt, daß die bezeichnete Klage nicht die Theilung aller Nachlaßsachen zum Gegenstande zu haben braucht, daß nur zur nachträglichen Theilung eines Restes derselben der Regel nach nicht eine wiederholte actio familiae herciscundae, sondern die actio communi dividundo gestattet. Der Bekl. kann hiernach gegen die Beschränkung der Klage auf einzelne Bestandtheile der Theilungsmasse (einzelne Activa derselben) umsoweniger einwenden, als es ihm freistand, schon in dem jetzigen Verfahren deren sonstige Bestandtheile (insbesondere etwaige Passiva derselben) in den Streit zu ziehen, wie dieses beiden Parteien in einem zur Ergänzung der bisherigen Theilung bestimmten Verfahren ebenfalls unbenommen wäre, insofern weitere Ansprüche derselben an sich zulässig und durch Entscheidung des jetzigen Rechtsstreites noch nicht aberkannt sind. VI. C. S. i. S. Popp c. Roth vom 24. November 1887 Nr. 228/87 VI.

56. Genügt dem Richter bei der Besonderheit des Falles die äußere Thatsache einer übereinstimmenden Willenserklärung nicht zur Annahme einer wirklichen Willenseinigung, bezweifelt er trotz jener Thatsache den Ernst des Promittenten und des Promissars, so muß der Kl. beweisen, daß die betreffenden Erklärungen beiderseits im Ernste abgegeben sind, somit wirkliche Willenseinigung vorliegt. III. C. S. i. S. Bull c. Lüdemann vom 29. November 1887 Nr. 196/87 III.

57. Es wird dem B. G. vorgeworfen, daß es die Grundsätze über die Beweislast verkannt und die Entscheidung nicht genügend begründet habe. Zugleich ist unter Hinweis auf eine Entscheidung des I. C. S. des R. G. in Sachen Weiland wider Bremer-Vereinsbank I. 54/86 geltend gemacht, daß, wenn für künftig entstehende Forderungen Sicherheit gewährt werde, im Zweifel anzunehmen sei, daß die Sicherheit bestellt werden solle für den Kredit, welche der eine Kontrahent dem anderen giebt. Im Zweifel würden daher auch nur die Forderungen durch die bestellte Sicherheit gedeckt, welche der Kreditgeber mit dem Willen des Kreditnehmers wider diesen erwerbe, nicht aber auch solche Forderungen, die er ohne Wissen und Willen des letzteren erworben habe, z. B. wie in vorliegendem Falle Forderungen aus Wechseln, welche von einem Dritten auf den Gläubiger indossirt sind und aus welchen der Schuldner haftet. III. C. S. i. S. Köhne c. Westerkamp u. Sohn vom 25. November 1887 Nr. 185/87 III.

58. Nach der eignen Angabe des Bekl. handelt es sich um einen Quantitätsmangel, nämlich darum, ob der fragliche Acker die vor und bei dem Kaufabschlusse vom Verkäufer angeblich zugesicherte Größe habe, namentlich darum ob der Acker, während er nach der angeblichen Zusicherung des Kl. 3000 Quadratruthen enthalten müßte, nur eine erheblich geringere Anzahl von Quadratruthen groß ist. Das B. G. hat mit Recht angenommen, daß der Bekl. wegen des angeblichen Mindermaaßes des Ackers nicht Redhibition, sondern selbst wenn Kl. die angebliche Zusicherung wider besseres Wissen abgegeben habe, und das Interesse, resp. wenn Kl. nicht in dolo gewesen sei, nur Preisminderung fordern könne. Die vom B. G. in Bezug genommenen Pandekten-Stellen bestätigen diese Annahme. Es ist zwar richtig, daß wegen dicta vel promisso des Verkäufers

dem Käufer nach seiner Wahl auch die Aedilitischen Rechtsmittel gegeben sind, allein der Digesten-Titel XXI, 1 de aedilitio edicto enthält keine Bestimmung, welche darauf schließen ließe, daß eine Zusicherung des Verkäufers bezüglich der Größe des Kaufobjekts zu denjenigen dictis gehöre, wegen deren die Aedilitischen Rechtsmittel gegeben sind, vielmehr läßt sich die Bestimmung in § 33 ibid. eher für das Gegentheil anführen. Von einem wesentlichen Irrthum über den Hauptgegenstand des Vertrags kann auch umsoweniger die Rede sein, da der Bekl. unbestritten vor dem Kauf-Abschlusse den fraglichen Acker besichtigt hat. I. C. S. i. S. Hecht c. Theetz vom 5. Dezember 1887 Nr. 279/87 I.

59. Es kommt darauf an, ob die verklagte Behörde, bezw. der Hamburgische Senat, als in dessen Auftrag handelnd die ersteren hypothetisch vom O. L. G. angesehen worden ist, befugt war und ist, zum Zwecke der Erzwingung der Erfüllung der Militärpflicht von Seiten des Kl. dessen Personal-Papiere zurückzuhalten. Die Angriffe nun, welche die Bekl. gegen die im B. U. enthaltene Verneinung dieser Frage gerichtet hat, erweisen sich als hinfällig. In keinem Gesetze ist diese Zwangsmaßregel gegen Wehrpflichtige, welche sich dem Militärdienste entziehen, eingeführt oder als statthaft anerkannt; insbesondere kommt, wie vom O. L. G. zutreffend begründet ist, § 1 Abs. 2 des R. Ges. vom 12. Oktober 1867 über das Paßwesen hier durchaus nicht in Betracht. Ebenso fehlt es völlig an einem Rechtssatze, durch welchen ein Zurückbehaltungsrecht nicht bloß wegen privatrechtlicher, sondern auch wegen publicistischer Ansprüche eingeführt wäre. VI. C. S. i. S. Hamburger Polizeibehörde c. Ziegler Nr. 222/87 VI.

60. Der Klageanspruch gründet sich auf den Vertrag vom 20. Juli 1885 § VII, der dahin lautet: „Sollte jedoch die eine oder andere Partei den in diesem Vertrage obliegenden Verpflichtungen nicht genau und pünktlich nachkommen, so kann dieses von der anderen Seite als Rücktritt vom Vertrag betrachtet werden. In einem solchen Falle ist der als zurückgetreten zu betrachtende Theil schuldig, eine Konventionalstrafe von 2000 Mk. zu zahlen, und der Vertrag, resp. Kauf als aufgehoben zu betrachten.“ Außer Streit ist, daß der Bekl. die sofort nach Abschluß des Vertrags zahlbare Kaufgeldrate von 2400 Mk. nicht gezahlt and deswegen Klage erhoben hat, aber mit derselben abgewiesen ist, weil er bereits zuvor zur Sicherung der Konventionalstrafe Arrestgesuche gestellt hatte. Wenn der B. R. die Bestimmung des § VII als lex commissoria, verbunden mit einer Wandelpön bezeichnet, so irrt er insofern, als eine Wandelpön zur Voraussetzung hat, daß der Schuldner die Wahl haben soll, ob er seine Verbindlichkeit erfüllen oder sich von derselben durch Zahlung der verabredeten Summe befreien wolle, während im vorliegenden Fall die Wahl gerade beim Gläubiger steht. Indessen die übrigen Ausführungen des B. R. lassen klar erkennen, daß er die fr. Vertragsbestimmung dahin auslegt, das die übereinstimmende Willensmeinung der Kontrahenten die gewesen sei: die nicht pünktliche Erfüllung des einen Theils solle dem anderen Theile das Recht geben, von dem Vertrage abzugehen und gleichzeitig eine Konventionalstrafe von 2000 Mk. zu fordern, oder nach seiner Wahl auf Erfüllung des Vertrages zu bestehen. Mit anderen Worten: der andere Theil soll die Wahl haben zwischen Strafe und Erfüllung der Hauptverbindlichkeit. Daß eine solche Abrede zu Recht besteht, kann keinem Bedenken unterliegen. Hat der Gläubiger das Wahlrecht ausgeübt, so ist er, wie der B. R. annimmt, an seine Entschließung gebunden und kann einseitig von derselben nicht wieder abgehen. Dieser Satz ist zwar nicht unbestritten, (vergleiche Windscheid Pandekten II § 255 Anmerkung 9; Ihering Jahrbuch I. Seite 31 ff.); eine Erörterung der Frage erübrigt sich indeß, da der Bekl. aus dem Vertrage noch nicht geleistet hat, sonach, selbst wenn der entgegenstehenden Ansicht der Vorzug zu geben wäre, und man annehmen wollte, daß die Erhebung der Klage auf Erfüllung des Vertrages eine gültige Wahl enthielte, die Klägerin doch von dieser zurücktreten konnte und dies durch Erhebung der jetzt vorliegenden Klage gethan hat. — Folgt man aber der Ansicht des B. R., so liegt die Entscheidung lediglich auf dem Gebiete der Thatfrage; es kann daraus, daß er in der Anbringung der Arrestanträge zur Sicherung der Konventionalstrafe die Ausübung des Wahlrechts für die letztere erblickt, nicht der Vorwurf eines Rechtsirrthums hergeleitet werden. III. C. S. i. S. Beickert c. Rödiger vom 26 November 1887 Nr. 212/87 III.

61. Kl. findet darin eine Verletzung der Rechtsgrundsätze über die Compensation, daß der B. R. letztere auf Grund der L. 14 § 2 C. de comp. 4,31 um deßwillen ausgeschlossen erachtet hat, weil Kl. sich die vom Bekl. mit der Widerkl. Beträge unbefugt angeeignet habe und den Anspruch auf Erstattung derselben nicht durch Aufrechnung seiner Forderung beseitigen könne. Allerdings ist die Tragweite der L. 14 § 2 cit. nicht unbestritten. Während die Einen cf. Krug, Compensation § 76 pag. 200, Brinz Pandekten II § 288 Nr. 21 ein wissentlich rechtswidriges, unredliches Handeln voraussetzen, lassen Andere Dernburg, Kompensation pag. 511, Stuttgarter Ober-Tribunal bei Seuffert Bd. 6 Nr. 174 jede objectiv widerrechtliche Selbsthülfe und zwar selbst in dem Fall genügen, wo eine Besitzentziehung oder Besitzstörung nicht stattgefunden hat. Ob dem Wortlaut: „Possessionem alienam perperam occupantibus — — —“ gegenüber soweit gegangen werden darf und anscheinend auch in einer Entscheidung des R. G. gegangen worden ist. Entscheidungen Bd. 3 pag. 116 (Bd. 7 pag. 332 spricht sich nicht aus) kann auf sich beruhen, weil die Eigenmacht des Kl. hier zweifellos mit einer Besitzentziehung verbunden war. Denn der Kl. war nicht, wie die Revision behaupten will, im Besitz der Geschäftskasse, sondern er übte den Besitz an derselben nur als Handlungsbevollmächtigter und Commis für seine Principalin aus und entsetzte sie erst eigenmächtig dieses Besitzes, indem er der Kasse für sich Gelder entnahm, dieselben also nunmehr für sich zu besitzen anfing. (L. 47 D. de A. v. A. Poss. 41,2). Daß er dadurch das Geld, „perperam occupavit“ könnte daher nur bezweifelt werden, wenn man nach jener Vorschrift nicht nur vorauszusetzen hätte, daß er sich das fragliche Geld zu eigenmächtiger Befriedigung aneignete, was feststeht, sondern weiter noch, was nicht festgestellt ist, daß er hierbei mit dem Bewußtsein des Unrechts, mala fide gehandelt hat. Zu einer solchen Voraussetzung giebt die angezogene Stelle aber kein Recht. Sie ordnet keine Privatstrafe für ein Delict, sondern will nur nicht gestatten, daß der widerrechtlich Handelnde die mit seiner Widerrechtlichkeit beabsichtigten oder die sich aus ihr ergebenden Vortheile zum Schaden des Beeinträchtigten

erhalte und behalte. Das angezogene Gesetz steht also der vom Kl. geltend gemachten Compensation allerdings entgegen. IV. C. S. in S. Storch c. Strätger, Konk. vom 15. November 1887 Nr. 174/87 III.

62. In der Regel haftet der Prinzial für die bei Ausführung eines Kontrakts erfolgten schuldhaften Handlungen seiner Gehülfen nur alsdann, wenn er bei deren Auswahl oder bei ihrer Beaufsichtigung ein Versehen sich zur Last gelegt hat. Allerdings hat das R. G. (Entscheidungen Bd. 10 S. 165 ff.) nach dem Vorgange des R. O. H. G. (Entscheidungen Bd. 13 S. 76 ff.) eine weitergehende Haftpflicht des Prinzipals für das Verschulden seiner Gehülfen beim Werkverdingungsvertrage angenommen, allein ein solcher Vertrag liegt gegenwärtig nicht vor. Das Hospital, welches einen Kranken aufnimmt, verpflichtet sich, nicht in ähnlicher Weise wie der conductor operis zur Hervorbringung eines bestimmten Endergebnisses, etwa zur Heilung des aufgenommenen Kranken; es übernimmt nur eine Reihe von Einzel-Verpflichtungen, wie solche durch die Verpflegung eines Kranken erfordert werden. Ob das Krankenhaus einer Korporation angehört oder im Besitz eines Einzelnen steht, immer sind es nur diese einzelnen Leistungen, auf welche der Kranke Anspruch zu erheben hat und welche den Inhalt der Verbindlichkeit der Krankenanstalt bilden. Für derartige Obligationsverhältnisse muß aber an der vorhin erwähnten Regel festgehalten werden, daß der Prinzipal nur für Fahrlässigkeit in der Auswahl und Beaufsichtigung seiner Hilfspersonen einzustehen hat. Die Pflicht der Bewachung des Kranken begründet keine Ausnahme; sie ist nur eine der mannigfaltigen Leistungen, welche nach der Natur der Krankheit und den persönlichen Zuständen des Kranken nöthig werden können, sie steht also unter den gleichen rechtlichen Gesichtspunkten wie die übrigen, zur Wartung und Pflege des Kranken dienenden Handlungen und kann darum auch nicht in Betreff der Haftpflicht des Prinzipals für die dabei verwendeten Gehülfen einen besonderen und strengeren Maßstab rechtfertigen. III. C. S. i. S. Horn c. Landkrankenhaus Bettenhausen vom 28. Oktober 1887, Nr. 148/87 III.

63. Von den Vorinstanzen sind die von der französischrechtlichen Doctrin und Praxis entwickelten Grundsätze über den unehrenhaften Wettbewerb — concurrence déloyale — für den vorliegenden Fall mit verwerthet worden, ungeachtet anerkannt wird, daß diese Grundsätze nicht ohne Weiteres im Gebiete des gemeinen Rechts zur Anwendung gebracht werden können. In der That lassen sich auch dieselben nicht auf das gemeine Recht übertragen. In Frankreich haben sich jene Sätze wesentlich gewohnheitsrechtlich entwickelt und wenn auch in der französischen Literatur meistens zur Begründung derselben auf den Art. 1382 des c. c. hingewiesen wird, so würden sich doch aus dieser Vorschrift allein nicht die Consequenzen ergeben, die daraus gezogen sind. Nach dem Standpunkt unseres positiven Rechts kann, soweit nicht durch die R. Ges. zum Schutze des Urheberrechts und der Waarenzeichen Sonderrechte in Beziehung auf wissenschaftliche und commercielle Erzeugnisse begründet sind, im gerichtlichen Wege gegen unehrenhaften Wettbewerb nur insoweit reagirt werden, als im einzelnen Falle die Voraussetzungen der actio doli gegeben sind. Daraus folgt, daß das Gebiet, auf welchem innerhalb des gemeinen Rechts gegen eine illoyale Concurrenz vorgegangen werden kann, ein ungleich beschränkteres als in Frankreich ist. Es zeigt sich dies in verschiedenen Richtungen. Die actio doli erfordert, daß durch die Arglist eines Menschen ein Schaden entstanden ist. In Frankreich verpflichtet jedes Aufschreißen der Kundschaft eines Anderen par des moyens malhonnêtes zum Schadensersatz. Ob thatsächlich ein Schaden bereits entstanden und nachgewiesen ist, fällt dabei nicht ins Gewicht; es genügt, daß die im einzelnen Fall zur Anwendung gebrachten illoyalen Mittel geeignet sind, den Concurrenten zu schädigen. Ferner wird dort zwar regelmäßig dolus vorausgesetzt, allein ein solcher wird auch in Handlungen erblickt, die nach unserem Recht für rechtlich unerlaubt nicht angesehen werden können, so z. B. die Nachahmung von Waaren-Bezeichnungen und Verpackungen, von Etiquetten und Geschäftsanstaltungen u. s. w. Derartige Nachahmungen können, wie bereits vom R. G. wiederholt angenommen ist, (vgl. Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. 3 S. 67 ff., Bd. 6 S. 76) in Deutschland deshalb nicht mit der actio doli verfolgt werden, weil der Begriff der Arglist da ausgeschlossen erscheint, wo es sich um ein gesetzlich erlaubtes Thun handelt. III. C. S. i. S. Dampfkessel- und Gasometer-Fabrik Braunschweig c. Wilke vom 1. November 1887 Nr. 155/87 III.

64. Gerade für die actio de pauperie ist die Armenanstalt selbst in tantum als ursprüngliche Gläubigerin anzusehen. Denn während die Hamburger Statuten 4, 68 diese Frage offen lassen, gleichwie die l. 3 D. si quadr. 9, 1, welche nur im Allgemeinen die Ausdehnung der actio de pauperie auf Ersatz der Kosten der Heilung eines verletzten freien Menschen anerkennt, steht nach l. 2 pr. eod. die genannte Klage allgemein „ei cujus interest", auch dem bloß obligatorisch bei der Sache interessirten Dritten, zu, abweichend von der actio legis Aquiliae und den daran sich anschließenden utiles und in factum actiones nach l. 11 § 9 D. ad leg. Aq. 9, 2, l. 18 § 5 D. de dolom. 4, 3 und l. 13 § 12 D. de A. E. V. 19, 1. — Die Bezeichnung des „Besitzers" als Bekl. bei der actio de pauperie ist dem gemeinen Rechte gegenüber eigenthümlich und selbstständig, insofern in den Quellen des letztern eine so formulirte Bestimmung sich nicht findet, sondern nur von einem Anspruche gegen den Eigenthümer als solchen die Rede ist, l. 1 §§ 12, 14, 15. l. 5 D. si quadr. 9, 1. l. 37 § 1 D. ad leg. Aq. 9, 2. l. 7 D. de interr. 11, 1. Vom Standpunkte des gemeinen Rechtes aus kann es höchstens als eine zweifelhafte Frage bezeichnet werden, ob die Bestimmung des Römischen Rechtes, wonach die meisten der dort anerkannten Noxalklagen wegen Delikte von Sklaven eigentlich nicht sowohl gegen den Eigenthümer, wie gegen den Besitzer stattfinden. l. 11. l. 13. l. 21 § 1 D. de nox. act. 9, 4. l. 17 § 3 D. de furt. 47, 2. l. 21 C. eod. 6, 2, auf die actio de pauperie entsprechend anzuwenden sei. Bejaht man diese Frage aber, dann ist damit für das gemeine Recht folgerichtiger Weise gerade das zugleich gegeben, daß es zur Begründung der Noxalhaftung schon genügt, wenn der Bekl. nur das Thier „in potestate" hat. l. 12 D. de nox. act. 9, 4. l. 5. l. 16 pr. D. de interr. 11, 1, in dem Sinne, daß er thatsächlich in der Lage ist, es beliebig herbeischaffen zu können. l. 21 §§ 2. 3 D. de nox. act. 9, 4. l. 215 D. de V. S. 50, 16.

Eben darum läßt sich vom Standpunkte des gemeinen Rechtes aus, soweit demselben die statutarische Bestimmung überhaupt noch Raum zur Anwendung in dieser Frage lassen möchte, keinenfalls ein Bedenken gegen die jetzt in Rede stehende Entscheidung des B. G. erheben. VI. C. S. i. S. v. Döhren c. Hamb. Allgem. Armenanstalt vom 1. Dezember 1887, Nr. 235/87 VI.

65. Für den Begriff der res furtiva sind die Grundsätze des römischen Rechts über furtum maßgebend, nach denen namentlich auch in der widerrechtlichen Veräußerung einer fremden Sache ein furtum liegt. Ein wesentliches Moment für das furtum ist aber der dolus, das Bewußtsein, daß durch die Verfügung über die Sache ein fremdes Recht an derselben verletzt wird. III. C. S. i. S. Harms u. Gen. c. Rohde vom 25. November 1887, Nr. 165/87 III.

66. Die Deszendenten haben neben dem Pflichttheilsrechte auch das Notherbenrecht, sie müssen zu Erben eingesetzt werden und ihre Präterition macht das Testament bezüglich der Erbeseinsetzung nichtig. (Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. 11 S. 232.) Wenngleich nun die Erbeseinsetzung nach dem heutigen Rechte in jeder den Willen des Testators, einen Erben, einen Universalnachfolger, zu berufen kundgebenden Form erfolgen kann, eine bestimmte Ausdrucksweise nicht vorgeschrieben ist, und wenn man auch der von dem B. G. angenommenen Ansicht, daß dem Erfordernisse, daß die Erbeseinsetzung einen bestimmten Gegenstand haben müsse, damit genügt werden könne, daß die zum Erben berufene Person auf einen bestimmten Voreempfang verwiesen werde, daß Notherben, welche letztwillig auf einen Voreempfang verwiesen sind, nicht die querela inofficiosi testamenti, sondern nur die actio suppletoria anstellen können, beitreten wollte, so ist es doch immer nothwendig, daß die Notherben auf einen solchen Voreempfang, oder ihre Konferenden als Erben im Testamente eingesetzt worden sind. Daß dieses bezüglich der Klägerinnen in den letztwilligen Dispositionen des Vaters derselben geschehen sei, ist von dem B. G. nicht dargelegt worden, und kann auch nicht dargelegt werden. Die bloße Erklärung, daß die Klägerinnen ihren Theil bereits bekommen haben, beziehungsweise mit dem, was sie bereits erhalten haben, abgefunden sein sollen, spricht nicht aus, daß der Testator sie als Erben betrachtet und berufen haben wolle. Da die Erklärung, daß die Klägerinnen bereits abgefunden seien, nicht schon ihrem materiellen Inhalte nach denselben die Eigenschaft als Erbinnen beilegt, so war, um ihnen diese Eigenschaft zu verleihen, die Hinzufügung eines für die Absicht des Testators, sie als Erben zu berufen konkludenten Ausdrucks erforderlich. An einem solchen Ausdrucke fehlt es aber in dem hier vorliegenden Testamente. III. C. S. i. S. Brandt c. Reß vom 30. September 1887, Nr. 117/87 III.

67. Daß nach Beseitigung des Testaments wegen Präterition eines Notherben und bei dem Eintritte der gesetzlichen Erfolge vermöge der einem letzten Willen beigefügten Kodizillarklausel auch eine nach den Vorschriften der Novelle 115 nichtige Erbeseinsetzung als Universalfideikommiß aufrecht zu halten sei, folgt aus dem Zwecke dieser Klausel und den maßgebenden Quellenstellen. Siehe Entsch. bei voriger Nummer.

68. Nach L. 43, 44 D. de H. P. (5, 3), L. 5 pr. D. de his quae ut indign. (34, 9) steht abgesehen von der querela inofficiosi, die Annahme eines Legats der Anfechtung des Testaments nur im Falle einer manifesta calumnia entgegen. I. C. S. i. S. Otto c. Johannes und Gen. vom 14. Dezember 1887, Nr. 298/87 I.

69. Wie vom R. G. wiederholt anerkannt worden ist, besteht für das heutige gemeine Recht der Rechtssatz, daß der Besitzer einer Erbschaft von dem Erben mittelst der H. P. sowie auch mittelst einer dieselbe vorbereitenden Klage angehalten werden kann, ein Verzeichniß der in seinen Besitz gelangten Nachlaßgegenstände herzugeben und dasselbe eidlich zu erhärten. Dieser Rechtssatz hat allgemeine Geltung und beruht nicht, wie das B. G. annimmt, auf der Voraussetzung, daß gegen den Besitzer der Erbschaft ein gewisser Verdacht der Beseiteschaffung oder Verheimlichung von Nachlaßgegenständen begründet ist. Das Recht des klagenden Erben auf Vorlegung einer eidlichen Spezification cessirt daher auch nicht, wenn nach der besonderen Gelegenheit des Falles gegen den den Nachlaß besitzenden Miterben der Verdacht einer Verheimlichung oder Beiseiteschaffung ausgeschlossen ist. Insoweit erscheint daher die Revision begründet. Allein das B. G. hat noch weitere Feststellungen getroffen, welche nach Lage der Sache zu der Annahme führen müssen, daß ein rechtliches Interesse der Kl. auf Vorlegung einer eidlichen Spezification nicht besteht. III. C. S. i. S. Schulz c. Schulz vom 28. Oktober 1887 Nr. 156/87 III.

VI. Das Preußische Allgemeine Landrecht.

70. Eine Willenserklärung ist nur dann durch Betrug veranlaßt, wenn der vorsätzlich erregte Irrthum ein mitbestimmendes Motiv zur Vornahme derselben gewesen ist. Und zwar kann dieses entweder in der Weise der Fall gewesen sein, daß die durch den Betrüger bewirkte falsche Vorstellung einen positiven Beweggrund für die Willenserklärung abgegeben oder in der Weise, daß solche den — sonst zu erwarten gewesenen — hindernden Einfluß eines entgegenwirkenden Moments abgehalten hat. IV. C. S. i. S. Golz c. Kur- und Neumärkisches Kreditinstitut vom 21. November 1887 Nr. 206/87 IV.

71. Die Klage ist als Kaufsklage aufzufassen. Der Kaufvertrag ist über die Früchte eines Landgutes abgeschlossen. Der Kläger ist als Rechtsnachfolger des Pächters anzusehen, und der Klageanspruch gegen den Verpächter gerichtet. Die Klage des Pächters gegen den Verpächter auf Herausgabe der ihm durch denselben vorenthaltenen Früchte aber würde bei Anwendung des im § 271 Thl. I Tit. 5 des A. L. R. ausgesprochenen Rechtsgrundsatzes, nach welchem derjenige, der die Erfüllung eines Vertrages fordert, nachweisen muß, daß er dem Vertrage von seiner Seite Genüge geleistet habe, oder warum er dazu erst in der Folge verbunden sei, keinen Erfolg haben können, wenn der Pächter den ihm obliegenden Verbindlichkeiten aus dem Pachtvertrage nicht Genüge geleistet hätte. Der angegebene Grundsatz ist auch auf die vorliegende Klage, mit welcher der Rechtsnachfolger des Pächters den Kaufpreis für die Früchte gegen den Verpächter und dessen Streitgenossen geltend macht, anzuwenden. Der Erfolg der angestellten Klage ist also davon abhängig, ob der Pächter seiner pachtvertragsmäßigen Verbindlichkeit Genüge geleistet hat. Daß der Pachtzins für die Zeit, in welcher die verkaufte Erndte gewonnen worden, gezahlt ist, steht unter den Parteien fest. Aber nach dem von den vereinigten C. S. angenommenen Rechtsgrundsatze wird die Vertragspflicht des Pächters durch Zahlung eines der Dauer seiner Pachtnutzung in dem

laufenden Wirthschaftsjahre entsprechenden Theiles des Jahrespachtzinses **nicht** abgegolten, **wenn** der Reinertrag der in diesem Zeitraum gezogenen Nutzungen mehr beträgt, als der demselben Zeitraum in seinem Verhältnisse zum Jahre entsprechende Theil des Reinertrages der Gesammtnutzung des ganzen laufenden Wirthschaftsjahres. Es bedarf vielmehr **solchenfalls** einer Ausgleichung zwischen dem Verpächter und dem Pächter auf Grund einer Ausmittelung des Jahresreinertrages mit dem Erfolge, daß dem Pächter nur das verbleibt, was dem letztgedachten Theile des Reinertrages gleichkommt. IV. C. S. i. S. Graf Schmettau c. Donner Kont. vom 12. Dezember 1887, Nr. 228/87 IV.

72. Der auch dem Richter nicht fremden Erfahrung des täglichen Lebens gegenüber kann die Grenzüberschreitung (bei Benutzung des Eigenthums dem Nachbar gegenüber) so zweifellos sein, daß zu ihrer Erkennung ein Weiteres, als die Verwerthung dieser Erfahrung nicht erforderlich ist, und auf diesem Standpunkte steht für den vorliegenden Fall augenscheinlich der B. R. Und selbst wenn die Frage zweifelhafter läge, würde dem billigen Ermessen des Richters ein Spielraum zu lassen sein, mit welchem die Anforderung der Kl. unvereinbar ist. So ist auch in der Entscheidung des R. G. vom 29. März 1882 (Entscheidungen Bd. 6 S. 217) die ähnliche Feststellung des O. L. G., daß der Betrieb einer Druckerei Erschütterungen verursache, welche das Maß des **Erträglichen** übersteigen und die ordnungsmäßige Benutzung eines Nachbarhauses **wesentlich** beeinträchtige, unbeanstandet geblieben, ohne daß zugleich festgestellt worden wäre, welches Maß von Erschütterungen **ertragen** werden müsse und die Nachbarn **unwesentlich** störe; und ebenso verweist die Entscheidung vom 13. April 1880 (Entscheidungen Bd. 1 S. 331) bei Zweifeln über die nach dem Grundsatze des „civiliter uti“ zulässige Ausdehnung einer Servitut auf das „billige richterliche Ermessen unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles“. V. C. S. i. S. Bochum c. Helf vom 7. Dezember 1887 Nr. 224/87 V.

73. Die Entscheidung des B. R. beruht auf irriger Auslegung des **§ 135** Th. 1 Tit. 8 A. L. R. Derselbe verordnet: Eine gemeinschaftliche Mauer kann jeder Nachbar an seiner Seite bis zur Hälfte der Dicke zu seinem Nutzen brauchen, insofern dadurch dem Gebäude selbst kein Nachtheil geschieht. Aus dieser Bestimmung ergiebt sich, daß das Eigenthum an einer solchen Mauer nur **pro diviso** gemeinsam ist, daß also thatsächlich jeder Nachbar Eigenthümer zur halben Stärke der Mauer, sein Eigenthum aber zu Gunsten des Nachbarn mit gewissen, in den §§ 133 bis 136 a. a. O. näher bezeichneten Einschränkungen belastet ist. Vergleiche Dernburg Lehrbuch des Preußischen Privatrechts Bd. 1 S. 533; Förster-Eccius Preußisches Privatrecht Bd. III. S. 177 Anmerkung 25; Gruchot Beiträge Bd. 6 S. 291 ff. Geht man hiervon aus, so liegt die Eigenthumsgrenze zwischen den Grundstücken der Parteien in der Mitte der Mauer da, wo diese auf dem Fundament ruht. Diese Grenze aber entscheidet über das rechtliche Schicksal alles dessen, was auf derselben erbaut worden. Zwar ist der Grundsatz des gemeinen Rechts: solo cedit, quod solo inaedificatur im Preußischen Recht nicht in vollem Umfange zur Anerkennung gelangt; das Landrecht hat vielmehr die obligatorische Seite des Verhältnisses herausgekehrt und dem Grundeigenthümer, beziehungsweise dem Bauenden in den §§ 327 ff. Th. 1. Tit. 9 A. L. R. gewisse Wahlrechte eingeräumt. Indessen diese obligatorischen Beziehungen kommen, wie schon oben erwähnt, für den Kläger als einen Dritten, seine Gutgläubigkeit vorausgesetzt, nicht in Betracht. Entscheidet für ihn, wie der B. R. annimmt, nur der reale, zur Zeit der Auflassung vorhandene Zustand, so kann nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen für die Frage nach dem Eigenthum der Mauer nur eine vertikale, auf der Mitte des Fundaments gedachte Linie maßgebend sein. Vgl. Förster-Eccius a. a. O. S. 152 ff., Dernburg a. a. O. S. 531; Gruchot a. a. O. S. 102—108. V. C. S. i. S. Sternberg c. Lachmann vom 23. November 1887 Nr. 95/87 V.

74. Der erkennende Senat nimmt in Uebereinstimmung mit dem V. S. des R. G. an, daß die Anwendung des § 569 Thl. I Tit. 9 des A. L. R. nicht blos den Nachweis fordert, daß der Schuldner sich wider besseres Wissen von dem Fortbestehen seiner Verbindlichkeit derselben entziehen wolle, sondern auch noch den Nachweis verlangt, daß dies in einer Weise geschieht, welche den Vorwurf der Unredlichkeit noch besonders begründet. III. C. S. i. S. Kirchner c. E. Fiskus vom 13. Dezember 1887, Nr. 201/87 III.

75. **Rechtsirrig** wäre die Auslegung des **§ 938** Th. 1. Tit. 11 des Pr. A. L. R., daß die **Gesetzesworte** „mit dem Ablaufe der ausdrücklich bestimmten Zeit“ den **Gesetzessinn** hätten, daß in dem Werkverdingungsvertrage mit ausdrücklichen Worten ein chronologisch absolut bestimmter äußerster Zeitpunkt der Ablieferung ausgesprochen sein müsse. Nach **richtiger** Interpretation **genügt** es, daß aus den Vertragsabreden **erhellt**, daß das verdungene Werk nach dem Willen der Kontrahenten innerhalb eines (wenn auch relativ) bestimmten Zeitraums abgeliefert werden müsse. Stellte sich heraus, daß im Sinne der Norm des **§ 938 objektiv** nicht rechtzeitig abgeliefert war; so war es Sache des Werkmeisters, wenn sie sich dem Schadensersatzanspruche des Bestellers entziehen wollten, als Vertheidigungsbehelf klar zu legen, daß die Verzögerung nicht durch ihre Schuld eingetreten sei. I. C. S. i. S. v. Schlieben c. Streisand und Gen. vom 30. November 1887 Nr. 277/87 I.

76. Wenn derjenige, welcher eine Zeitung in einer Auflage von dreißigtausend Exemplaren herausgeben will, mit einem Buchdrucker dahin kontrahirt, daß der letztere auf dem (zu einer so starken Auflage erforderlichen) von dem Besteller dem Buchdrucker übergebenen Papiere die betreffenden dreißigtausend Exemplare der Zeitung durch Druck herstelle; und der Buchdrucker, (nachdem er jenes ihm übergebene Papier zu der Herstellung von dreißigtausend Zeitungsexemplaren verbraucht hat,) dem Besteller diese (in Erfüllung des Vertrages erfolgte) Herstellung anzeigt, so ist **damit** das **spezifische** Objekt, welches als das in Erfüllung des Werkverdingungsvertrages hergestellte, in Betracht kommen kann, **fixirt**. Bestellungsgemäß war der Druck der Zeitungsauflage auf dem vom Besteller gelieferten Papiere herzustellen. Der Werkmeister hatte kein Recht den Druck auf anderem Papiere zu realisiren. Der Besteller war nicht verpflichtet statt des verbrauchten Papieres anderweitiges Material zu liefern. I. C. S. i. S. v. Schlieben c. Streisand und Gen. vom 30. November 1887 Nr. 227/87 I.

77. Der B. R. geht von dem Grundsatze aus, daß die Gültigkeit des vorliegenden Testaments, welches die Erblasserin zu einer Zeit, wo sie ihren Wohnsitz in der Provinz Hannover hatte, in dieser Provinz errichtete, namentlich auch hinsichtlich der Testirfähigkeit nach dem dort geltenden gemeinen Recht zu beurtheilen ist und dieser Grundsatz ist unzweifelhaft richtig. (Puchta, Pandekten § 113; § 23 der Einleitung zum A. L. R.; Förster, Theorie und Praxis I. § 11 unter 1; Dernburg Preußisches Privatrecht I. § 27 unter 1.) Er nimmt ferner an, daß nach diesem Rechte das Testament der Frau M., weil das gemeine Recht ihr die Testirbefugniß ganz versagte, ungültig war und auch dies läßt sich nicht bezweifeln. (Vgl. L. 18 pr. D. 28, 1.) Er kommt dann durch analoge Anwendung des § 13 Th. I Tit. 12 des A. L. R. zu dem Ergebniß: daß das Testament in Ansehung der Testirfähigkeit gültig ist, so weit es dies sein würde, wenn es zur Zeit des Todes der Erblasserin errichtet wäre. In der Anwendung des § 13 ist eine Gesetzesverletzung nicht zu erblicken. Denn zunächst liegt die erste Voraussetzung dieser Gesetzesstelle vor: daß der Erblasserin bei der Errichtung ihres letzten Willens nur das Verbot eines positiven Gesetzes, welches sich nicht auf einen Mangel der natürlichen Fähigkeit zur Willenserklärung bezog, entgegen stand. Denn die Erklärung als Verschwender gründet sich nach gemeinem Recht nicht auf den Mangel einer natürlichen Fähigkeit, sondern auf das obrigkeitliche Dekret, auf das die Entmündigung aussprechende Urtheil, welches nicht auf dem Mangel einer natürlichen Fähigkeit (wie des reifen Alters, der geistigen Gesundheit), sondern auf positiven Gesetzen beruht, welche dem Verschwender die Verwaltung seines Vermögens und die Verfügung über dasselbe entziehen, resp. ihn darin beschränken. (Vgl. Puchta Pandekten § 50.) Nicht weniger liegt die weitere Voraussetzung des § 13 vor, nämlich: daß das auf positivem Gesetze beruhende Verbot (d. h. der Ausschluß von der Testirfähigkeit) fortgefallen ist. Denn dieses Verbot gilt nur für das gemeine Recht. Wie überhaupt die Wirkung der Interdiction, als einer persönlichen Beschränkung der Dispositionsfähigkeit des Verschwenders, sich nach dem Recht der Person, d. h. nach dem Recht des jedesmaligen Wohnsitzes regelt, so fiel das Verbot mit der Verlegung des Wohnsitzes der Frau M. aus dem Gebiet des gemeinen Rechts fort, von da ab war dieselbe den Beschränkungen, welche ihr das gemeine Recht als Verschwenderin auferlegte, nicht mehr unterworfen, an die Stelle derselben traten die für ihren neuen Wohnsitz im Gebiete des A. L. R. geltenden Beschränkungen. Das Testament, welches sie zu einer Zeit errichtet hatte, wo sie ihren Wohnsitz im Gebiete des gemeinen Rechts hatte, war in Beziehung auf die Wirkung, welche die Entmündigung hatte, lediglich nach den Gesetzen ihres neuen Wohnsitzes, d. h. nach dem A. L. R. zu beurtheilen. Dieses kennt aber keine eigentliche Testierunfähigkeit des Verschwenders und keine Ungültigkeit seines Testaments als Ganzes, sondern die Beschränkung des Verschwenders ist mehr eine Beschränkung der Testir**freiheit** und zwar im Allgemeinen hinsichtlich der Hälfte seines Nachlasses. Das Testament ist nur soweit ungültig, als diese Schranken (§ 27 Th. I. Tit. 12 des A. L. R.) nicht innegehalten sind. Für diese Anwendung des § 13 Th. I Tit. 12 des A. L. R. spricht auch der § 30 daselbst, nach welchem das Testament des Verschwenders volle Gültigkeit erhält, wenn die Vormundschaft vor dem Tode des Testator wieder aufgehoben wird. Denn der Wiederaufhebung der Vormundschaft kann man als Analogon an die Seite setzen die durch die Verlegung des Wohnsitzes eintretende Minderung der Beschränkung der Dispositionsfähigkeit des Verschwenders. Die Frau M. hat aber ihren Wohnsitz im Geltungsbereiche des A. L. R. bis zu ihrem Tode beibehalten. (Vgl. Waechter im Archiv für civil. Praxis Bd. 25 S. 381; Bornemann, Erörterungen S. 125, 126.) IV. C. S. i. S. Genthe c. Schultz vom 28. November 1887 Nr. 171/87 IV.

78. Ist der Bereicherungsbekl. durch Abtretung oder Ueberweisung der seinem Schuldner an den Bereicherungskl. zustehenden Forderung oder in Folge eines sonstigen Rechtsvorganges zwischen ihm und seinem Schuldner, vermöge dessen er aus dem Rechte seines Schuldners sich gegen die Bereicherungsklage vertheidigen kann, in die Lage gekommen, die Forderung seines Schuldners dem Bereicherungskl. gegenüber geltend zu machen, so versteht sich das Begründetsein des Rechtsbehelfs von selbst. Es wird dann Forderung gegen Forderung aufgerechnet. Der Bereicherungskl. wird von seiner Schuld gegen den Dritten frei und unterliegt mit dem Anspruche gegen den Bereicherungsbekl. Die Streitlage des gegebenen Falles ist aber eine andere. Der Dritte, der angebliche Gläubiger der Kl. und Schuldner des Bekl., steht zum Bekl. nicht in einer rechtlichen Beziehung, vermöge deren er in der Lage ist, ein Forderungsrecht dieses Dritten für sich geltend zu machen. Nun hat der Bekl. zwar, um den Anspruch aus der Bereicherung als nicht begründet darzustellen, den Standpunkt eingenommen, daß die Kl., da sie nur gezahlt habe, was sie selbst schuldig sei, das Gezahlte von dem Empfänger nicht zurückfordern könne, sondern sich gefallen lassen müsse, daß der Empfänger sie gegen die nochmalige Geltendmachung der Verpflichtung durch dritte Personen vertrete. Entnommen ist der gegen die Klage hier aufgestellte Beweisgrund aus der in Striethorst, Archiv Bd. 53 S. 144 abgedruckten Entscheidung des vormaligen Königlich Preußischen Ober-Tribunals, nach welcher demjenigen, der seine rechtlich bestehende Schuld an einen nicht legitimirten Empfänger gezahlt hat, eine Klage auf Rückzahlung nicht gegeben sein soll. Die Entscheidung trifft nicht eigentlich den vorliegenden Fall. Aber der ihr zu Grunde liegende Rechtsgedanke würde sich, wenn er richtig wäre, immerhin zu Gunsten des Bekl. verwenden lassen. Bekämpft wird die Entscheidung von Dernburg, Privatrecht, Bd. 2 § 289 Note 16. Der in ihr zum Ausdruck gelangte Rechtsgedanke steht auch im Widerspruch mit der rechtlichen Natur der Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung. Wer eine Schuld an den zahlt, der nicht sein Gläubiger ist, den er aber bei der Zahlung für seinen Gläubiger hält, kann die Zahlung zurückfordern und braucht sich nicht damit zu begnügen, daß der, dem er gezahlt hat, sich bereit erklärt, ihn gegen eine nochmalige Inanspruchnahme durch den wahren Gläubiger zu vertreten. (Indebitum est non tantum, quod omnino non debetur, sed et quod alii debetur, si alii solvatur l. 65 § 9 de cond. ind. 12, 6.) Ebensowenig kann der Rückforderungsanspruch eines Kl., der eine Schuld hat tilgen wollen, dessen Geld aber in Folge auftraglosen Handelns dessen, dem das Geld anvertraut worden, nicht an den wahren Gläubiger, sondern an einen Dritten gelangt ist, dem eine Forderung an den wahren Gläubiger des

Kl. zusteht, mit der Erwägung beseitigt werden, daß der Kl. nur einen Anspruch darauf habe, gegen einen künftig zu erhebenden Anspruch des Gläubigers von jenem Dritten vertreten zu werden. Die Entscheidung des gegenwärtigen Streitfalls erscheint vielmehr davon abhängig, ob der Bereicherungskl. dadurch, daß das von ihm gezahlte Geld an einen Gläubiger seines eigenen Gläubigers gelangt ist, von seiner Schuld frei geworden ist. Denn wenn diese Schuld bestehen bleibt, so ist sein Vermögen um den von ihm gezahlten Betrag ohne Rechtsgrund verringert; das Vermögen des Bereicherungsbekl. aber ist um den gezahlten Betrag ohne Rechtsgrund bereichert. Der Umstand, daß der Bekl. an einen Dritten eine Forderung hat, enthält einen solchen Rechtsgrund nicht. Denn der Zahlende hat diese Forderung nicht tilgen wollen. Die betr. Zahlung ist ohne den Willen der Kl. und ohne deren nachträgliche Genehmigung erfolgt. Sie schafft also für den Bekl. keinen Rechtsgrund, um das Geld dem Rückforderungsanspruch des Kl. gegenüber zu behalten; ebensowenig wie demjenigen, der eine Forderung gezahlt hat, weil er sich für den Schuldner gehalten, während ein Anderer der Schuldner ist, die Rückforderungsklage darum versagt werden kann, weil der Gläubiger nur erhalten, was er zu fordern gehabt hat. (Entscheidungen des Ober-Tribunals Bd. 41 S. 123; Striethorst Archiv Bd. 75 S. 241; Förster-Eccius Bd. 2 § 150 Anm. 58.) IV. C. S. i. S. V. V. Neustadt c. Dekowska vom 3. November 1887 Nr. 204/87 IV.

79. Nach der im Bereich des Pr. A. L. R. vorherrschenden Ansicht (vgl. Förster-Eccius Bd. III. S. 307, 309 Note 31; Koch, Pr. Privatrecht [2. Auflage] Bd. 1. S. 459, 460) setzt die negatorische Klage überhaupt nicht voraus, daß der Beklagte sich ein das Eigenthum des Klägers beschränkendes Recht angemaßt hat; sie wird vielmehr auch gegen andere, thätliche oder wörtliche Eingriffe gegeben, falls diese nur eine dauernde Störung befürchten lassen. IV. C. S. i. S. Fiscus c. Burchewitz vom 8. Dezember 1887 Nr. 219/87 IV.

80. Nach dem im Thatbestand mitgetheilten § 2 der Bedingungen hat die Zahlung der Zinsen am 2. Januar und am 1. Juli jeden Jahres gegen Einlieferung der fälligen Kupons zu erfolgen. Damit sind die Zinstermine festgestellt. Legte ein Gläubiger seinen Zinskupon am Zinstermine oder nach demselben vor und die Bekl. zahlte nicht oder weigerte die Zahlung, so war die Bekl. im Verzuge. Der Gläubiger konnte ohne Weiteres klagen. Es versteht sich keineswegs von selbst, daß der Gläubiger nun wiederholt zum Schuldner gehen müßte, um die Zinsen zu erheben, vielmehr muß der Säumige die Folgen seines Verzuges vertreten; das Interesse des Gläubigers, für welches der Schuldner wegen seines Verzuges haftet, kann sehr wohl darin bestehen, daß nunmehr der Zahlungspflichtige sich das einzulösende Papier beim Gläubiger abzuholen hat. Ganz unzutreffend ist deshalb die Erwägung des B. U., es könne der Bekl. nicht wohl zugemuthet werden, daß sie, nachdem einmal erfolglos präsentiert sei, dem Präsentanten, der die Kupons jeden Augenblick weiter geben könne, die Zahlung nachsenden solle, ohne irgend welche Sicherheit zu haben, daß ihr die Kupons dafür ausgeliefert werden. Die Lage der Schuldnerin nach dem Eintritt ihres Zahlungsverzuges ist in dieser Beziehung keine andere als die des Gläubigers vor dem Eintritt des Zahlungsverzuges. Wie die Schuldnerin es anzufangen habe, daß sie bei dem Gläubiger gegen Ausantwortung der Zinskupons Zahlung leiste, bedarf keiner besonderen Darstellung. Mindestens hat man anzunehmen, daß nachdem die Schuldnerin dem die Zinskupons Vorlegenden erklärt hatte, sie zahle nicht, die Folgen dieser Erklärung und die Folgen der Nichtzahlung so lange zu tragen hatte, als sie nicht ihrerseits jene Erklärung dem Gläubiger gegenüber zurücknahm, sich zur Einlösung erbot, den Gläubiger einlud, die Kupons wiederholt vorzulegen und die Kupons nun einlöste. I. C. S. i. S. Kohl c. Hannov. Asphalt-Gesellschaft vom 2. Dezember 1887 Nr. 297/87 I.

81. Durch den Abschluß des Miethvertrages erlangt der Miether zunächst nur einen persönlichen Anspruch auf den gemeingewöhnlichen Gebrauch der vermietheten Sache. Dieser wird aber zu einem dinglichen Recht, sobald der Miether durch Uebergabe in den Besitz derselben gesetzt ist, §§ 2 flg., 359 Th. I. Tit. 21; §§ 3, 6 Th. 1. Tit. 19 A. L. R. Grundeigenthumsgesetz § 12 Absatz 2. — Dasselbe gilt von der Aftermiethe. Zwar entstehen hier obligatorische Beziehungen nur zwischen Miether und Aftermiether, und es könnte, da der Vermiether das Recht hat, den eigenmächtiger und unbefugter Weise angenommenen Aftermiether entsetzen zu lassen (§ 315 a. a. O.), zweifelhaft sein, ob eine ohne Genehmigung des Eigenthümers vollzogene Uebergabe der vermietheten Sache an den Aftermiether ein gegen denselben wirkendes, dingliches Recht für ihn an der Sache zu erzeugen im Stande ist. Einer Erörterung dieser Frage bedarf es indessen nicht, da nach dem vom B. R. in Bezug genommenen Thatbestand I. J. kein Streit darüber besteht, daß dem Hauptmiether die Aftervermiethung in dem schriftlichen Vertrag vom Februar 1884 ausdrücklich gestattet war. Daß der Aftermiethvertrag nur mündlich geschlossen, steht dem Kl. nicht entgegen, weil auch ein solcher Vertrag, wie der B. R. nicht verkennt, der Regel des § 269 a. a. O. unterworfen ist und darum bei hinzugetretener Uebergabe auf ein Jahr Rechtswirksamkeit äußert, vorausgesetzt, daß der Vertrag des Hauptmiethers nicht vorher abläuft. — V. C. S. i. S. Staake c. Zander vom 23. November 1887 Nr. 211/87, V.

82. Die Entscheidung des B. G., daß die Vorrechtseinräumung der Ehefrau S. wegen fehlender Genehmigung ihres Ehemannes nichtig sei, entspricht der Judikatur des R. G., von welcher abzuweichen keine Veranlassung vorliegt. In dem Urtheile des IV. C. S. vom 18. Juni 1883 (Gruchot's Beiträge Bd. 27 S. 953), in welchem die Gültigkeit einer von der Ehefrau einseitig durch Uebergabe vollzogenen Schenkung von Sparkassenbüchern, die zu dem eingebrachten Vermögen gehörten, erörtert wird, in welchem es sich also auch nicht um Schulden der Ehefrau im eigentlichen Verstande handelte, heißt es: „Das dem Ehemanne an dem eingebrachten Vermögen der Ehefrau zustehende Recht der Verwaltung und des Nießbrauchs schließt das Recht der Ehefrau, über ihr eingebrachtes Vermögen ohne Einwilligung des Ehemannes zu dessen Nachtheile zu verfügen, aus. Dergleichen Verfügungen der Ehefrau sind dergestalt nichtig, daß sie die beabsichtigte rechtliche Wirkung überhaupt nicht haben, und sowenig eine Schuldverbindlichkeit der Ehefrau

(§ 320 Thl. II Tit. 1 des A. L. R.) wie ein dingliches Recht an den von der Ehefrau an einen anderen mit dem Willen, daß derselbe Eigenthümer der Sachen werde, fortgegebene Sachen auf Seite des Empfängers begründen können." Und im weiteren Verlaufe wird die in Frage stehende Schenkung als ein Rechtsgeschäft bezeichnet, „welchem die Nichtigkeit dergestalt anklebt, daß es gegen den Verfügenden selbst Rechtswirkung nicht zu erzeugen vermag." V. C. S. i. S. Lindner c. Scholtz vom 8. Oktober 1887 Nr. 156/87 V.

83. Der im § 670 II 1 A. L. R. ausgesprochene Rechtssatz ist dahin zu verstehen, daß der Ehescheidungsklage wegen Ehebruchs des anderen Ehegatten der Erfolg versagt wird, wenn der auf Scheidung klagende Ehegatte selbst die Ehe gebrochen hat. Von diesem Satze wird aber im § 671 zu Gunsten des Ehemannes eine Ausnahme dahin gemacht, daß die auf den Ehebruch der Ehefrau gegründete Scheidungsklage des Mannes durch die Einrede, daß der Ehemann sich ebenfalls des Ehebruchs schuldig gemacht habe, nicht beseitigt wird. Die verschiedene Stellung des Ehemannes und der Ehefrau gegenüber der Ehescheidungsklage des anderen Theiles wegen Ehebruchs ist eine von den Redaktoren des A. Pr. L. R. beabsichtigte, wie sich aus der Aeußerung des Gesetzrevisors bei v. Rönne, Ergänzungen und Erläuterungen des A. L. R. Bd. 3 Anm. 1 c. a. zu §§ 670, 671 Thl. II Tit. 1 ergiebt. Als der jene ungleiche Stellung der Geschlechter rechtfertigende Grund wird die Erwägung hingestellt, daß zwar nicht in Ansehung der Sittlichkeit, wohl aber in Ansehung der Folgen ein großer Unterschied zwischen dem Ehebruche des Mannes und dem der Frau obwalte. Aus den angegebenen Rechtsgrundsätzen folgt, daß der Ehefrau, welche die Ehe gebrochen hat, so wie ihr der auf ihren Ehebruch gestützten Ehescheidungsklage des Ehemanns gegenüber die Einrede, daß der Ehemann ebenfalls ein Ehebrecher sei, mit der Wirkung der Klageabweisung nicht zusteht, so auch die Ehescheidungsklage auf Grund des Ehebruchs des Ehemannes nicht gegeben ist. IV. C. S. i. S. Wahlert c. Wahlert vom 5. Dezember 1887, Nr. 211/87 IV.

84. Nach § 680 Thl. II Tit. 1 des A. L. R. ist Voraussetzung für die auf bösliche Verlassung gestützte Klage des Ehemanns, daß derselbe eine richterliche Verfügung beantragt, durch welche die Ehefrau zu ihrer Pflicht, vereint mit dem Ehemann zu leben, angehalten wird. Aus diesem Zwecke der richterlichen Thätigkeit folgt, daß der Antrag des Ehemanns nur dann begründet ist und in Verbindung mit der beharrlichen Weigerung der Ehefrau dem Ehemanne nur dann das Recht giebt, gemäß § 680 auf Scheidung anzutragen, wenn dem Antrage der Wille zu Grunde liegt, durch die richterliche Thätigkeit das vereinte Leben wiederherzustellen. Das Vorhandensein dieses Willens des Kl. verneint der B. R. aus thatsächlichen Gründen mit den Worten: daß es dem Kl. mit der Extrahirung des Rückkehrbefehls nicht ernst gewesen ist; aber es ist nicht zuzugeben, daß der B. R. seine Entscheidung darauf stützt, daß dem Bekl. die Scheidung erwünscht gewesen sei. Ein solch bloßer Wunsch kann sehr wohl neben der oben bezeichneten ernstlichen Absicht bestehen. Die richterliche Thätigkeit soll nicht als Mittel angerufen werden, sich einen formellen Ehescheidungsgrund zu schaffen. Deshalb bestimmt der § 5 des Ausführungsgesetzes zur C. P. O. (vgl. § 16 Nr. 8 des E. G. zu derselben), daß die bösliche Verlassung nicht schon deshalb als festgestellt angenommen werden darf, weil der erlassene Befehl nicht befolgt ist. Die Aufhebung des vereinten Lebens durch die Ehefrau muß fortgesetzt sein auch nach Erlaß eines richterlichen Befehls, welcher vom Ehemann in der ernstlichen Absicht, durch denselben das vereinte Leben wiederherzustellen, extrahirt ist. Andernfalls darf die bösliche Verlassung als festgestellt nicht angenommen werden. IV. C. S. i. S. Müller c. Müller vom 1. Dezember 1887, Nr. 210/87 IV.

85. Unbegründet erscheint der Angriff der Revision gegen die vorrichterliche Würdigung des Einwandes der Verzeihung. Der B. R. findet in der angeblichen Aeußerung der Kl.: „sie könne von ihm (Bekl.) nicht lassen, sie sei ihm zu gut, sie wolle ihn wieder bei sich aufnehmen, wenn sie sich nur der Hetzereien ihrer Verwandten erwehren könne" nicht eine ausdrückliche Verzeihung des geltend gemachten Ehescheidungsgrundes, weil daraus nur eine versöhnliche Gesinnung der Kl. folge, aber nicht ersichtlich sei, was sie verziehen haben solle. Diese Auslegung ist an sich thatsächlicher Natur und verstößt nicht gegen den Rechtsbegriff der ausdrücklichen Verzeihung, welche allerdings den Ausdruck des Willens erfordert, eine bestimmte, dem Erklärenden von dem Gegentheil widerfahrene Beleidigung nicht weiter rügen zu wollen. Die allgemein erklärte Bereitwilligkeit zur Fortsetzung des ehelichen Lebens enthält einen solchen Willensausdruck noch nicht. Und vorliegend ist nicht einmal diese Bereitwilligkeit unumwunden erklärt, geschweige daß derselben irgend eine thatsächliche Folge gegeben wäre. Vgl. die diesseitigen Urtheile vom 21. September 1885 und 14. Januar 1886 — in Gruchots Beiträgen Bd. 30 S. 130 flg. 985 flg. Striethorst's Archiv Bd. 74 S. 217 flg. IV. C. S. i. S. Kleemann c. Kleemann vom 24. November 1887 Nr. 193/87 IV.

86. Es ist der Revisionsangriff nicht begründet, daß der B. R. sich darüber hätte schlüssig machen müssen, welchem Stande die Parteien angehören, um demnächst zu entscheiden, ob nach § 701 oder 702 ein Ehescheidungsgrund vorliege. Denn gerade daraus, daß nur in dem § 701, 702, nicht aber im § 700 nach dem Stande der Eheleute unterschieden wird, ist zu folgern, daß in § 700 ein ganz selbstständiger, von dem Stande unabhängiger Ehescheidungsgrund gegeben ist. Siehe Entsch. bei voriger Nummer.

87. Nach § 716 Thl. II Tit. 1 des A. L. R. können ganz kinderlose Ehen auf den Grund gegenseitiger Einwilligung getrennt werden, sobald weder Leichtsinn oder Uebereilung noch heimlicher Zwang von einer oder der andern Seite zu besorgen ist. Im Anschluß hieran bestimmen: § 717: Außer diesem Falle aber findet, bloß wegen behaupteter Abneigung, sobald dieselbe mit keinem gesetzmäßigen Grunde unterstützt ist, die Trennung der Ehe in der Regel keineswegs statt. § 718a: Doch soll dem Richter erlaubt sein, in besonderen Fällen, wo nach dem Inhalte der Akten der Widerwille so heftig und tief eingewurzelt ist, daß zu einer Aussöhnung und zur Erreichung der Zwecke des Ehestandes gar keine Hoffnung mehr übrig bleibt, eine solche unglückliche Ehe zu trennen. In der Praxis entstanden Zweifel, ob der § 718a einen selbständigen, auch von der Partei als Klagegrund geltend zu machenden Scheidungsgrund aufstelle oder nur dem Richter die Befugniß ertheile, wenn sich bei der Instruktion einer auf „gesetzmäßige Gründe" gestützten Scheidungsklage zwar nicht jene, aber doch

die Voraussetzungen des § 718a ergäben, die Trennung der Ehe auszusprechen. Ein Urtheil des Preußischen Obertribunals vom 24. April 1837 entschied in letzterem Sinne. Dagegen adoptirte das Plenum des Obertribunals die erstere Alternative in dem Beschlusse vom 16. Dezember 1839, dahin lautend: „ein durch Thatsachen zu belegender, tief eingewurzelter Widerwille, aus welchem zu entnehmen, daß zu einer Aussöhnung und zur Erreichung der Zwecke des Ehestandes keine Hoffnung mehr übrig bleibt, ist für einen selbständigen Ehescheidungsgrund zu achten." (Entscheidungen des Obertribunals Bd. 5 S. 175 ff.) In den Gründen dieses Beschlusses wird bemerkt, daß die vom Plenum angenommene Auslegung des § 718a mit demjenigen übereinstimme, was bei der Gesetzesrevision als zweckmäßig erkannt worden sei, und der ebendaselbst mitgetheilte Vorschlag des Revisors ging dahin: dem klagenden Theil zu erlauben, seine Abneigung zu gestehen und diese selber zur Begründung der Klage hinreichen zu lassen, sobald sie durch Thatsachen unterstützt ist, welche sie, ohne eigentliche Entscheidungsgründe zu sein, vernünftiger Weise motiviren. (A. a. O. S. 188, 189.) Hieraus erhellt, daß die Worte des Beschlusses: „Durch Thatsachen zu belegender" diejenige Bedeutung haben sollen, welche ihnen in der Formulirung des der gedachten Entscheidung als Ueberschrift vorangestellten Rechtssatzes beigelegt ist, wonach der gemäß § 718a qualifizirte Widerwille zur Begründung einer Ehescheidungsklage hinreicht, sobald derselbe durch erhebliche Thatsachen unterstützt wird, wenn diese auch keine gesetzmäßigen Gründe zur Ehetrennung enthalten (a. a. O. S. 175, 176). Demnach stellen sich im Sinne dieses Plenarbeschlusses die zur Unterstützung dienenden Thatsachen nicht als bloße Erkenntnißmittel für das Vorhandensein eines tief eingewurzelten Widerwillens, sondern zugleich als objektive Rechtfertigungsgründe desselben dar, ohne welche dem auch noch so evidenten Widerwillen die Kraft eines Ehescheidungsgrundes nicht beigelegt werden darf. — Diese Auffassung entspricht auch allein dem Wesen der Ehe, deren Bestand nicht von unmotivirten oder gar aus verwerflichen Motiven entsprungenen Empfindungen eines Ehegatten abhängig gemacht werden darf, und ist mit den Worten des Gesetzes sehr wohl vereinbar. (Wird weiter begründet.) IV. C. S. i. S. Nix c. Nix vom 15. Dezember 1887, Nr. 225/87 IV.

88. Das B. G. hat das Verhalten der Ehefrau in Betreff ihres Widerspruchs gegen die Scheidung für nicht maßgebend angesehen, weil die Ehe ein sittliches, der Staatsaufsicht unterliegendes Verhältniß bilde, dessen Auflösung nicht von dem Belieben der Eheleute allein abhängig sei. Das Urtheil führt ferner aus, daß der § 718a Tit. I Thl. II des A. L. R. keineswegs eine Norm abgebe, nach welchem wegen geringfügiger Zwistigkeiten und Vergehungen die als selbstständige Ehescheidungsgründe nicht ausreichten, eine Scheidung ermöglicht sein sollte, sich vielmehr mit der dem Richter eingeräumten Erlaubniß als eine Ausnahmebestimmung darstelle, deren Anwendung eine ganz besondere Vorsicht erfordere; daß im vorliegenden Falle die Ehrenkränkungen seitens der Frau nicht ausreichten, um die unüberwindliche Abneigung des Ehemanns ohne Hoffnung auf Versöhnung zu beweisen, da einmal derselbe schon bei schweren Kränkungen die Ehe fortgesetzt und somit verziehen habe und, da ihm selbst eine schwerere Verletzung gegen seine Ehefrau, nämlich das Verhältniß mit der Thieme zur Last falle. Auch der B. R. hat daher erklärt, das Gericht habe auf Grund des thatsächlichen Materials nicht die Ueberzeugung vom Vorhandensein eines solchen Widerwillens erlangen können, daß die Hoffnung, die Parteien könnten sich, wie früher, auch jetzt wieder versöhnen und den Zwecken ihrer mit Kindern gesegneten Ehe leben, ausgeschlossen wäre. Diese Begründung läßt sich mit Erfolg durch die Revision nicht anfechten. Die Ausführung über die Ehe, deren Trennung und die Bedeutung des § 718a enthält keine Verletzung einer Rechtsnorm und die Auseinandersetzung, daß und aus welchen Gründen die Hoffnung auf Versöhnung der Parteien nicht ausgeschlossen sei, stützt sich auf die Prüfung und Würdigung thatsächlicher Verhältnisse, die sich der Beurtheilung des Revisionsrichters entziehen. IV. C. S. i. S. Melzer c. Melzer vom 1. Dezember 1887, Nr. 208/87 IV.

89. Der B. R. hat die Frage, ob der Anspruch auf Herausgabe des Kolonats getrennt und vor Durchführung der Vermögensabsonderung erhoben werden könne, in Uebereinstimmung mit dem Urtheile des R. G. vom 7. Februar 1884 (Gruchot Beiträge, Bd. 28 S. 957) richtig dahin entschieden, daß wenn der klagende Ehegatte darlegt, daß das übrige gütergemeinschaftliche Vermögen zur Deckung der Ansprüche des anderen Ehegatten ausreiche, es an einem zureichenden Grunde fehle, der Klage den Erfolg zu versagen; denn das Recht des klagenden Theils ist nur dadurch bedingt, daß auch der andere Theil wegen seines gleichberechtigten Anspruchs in der gütergemeinschaftlichen Masse Deckung findet. VI. C. S. i. S. Reckefuß c. Queit vom 10. November 1887 Nr. 174/87 IV.

90. Mit Recht geht der B. R. von dem im § 82 Thl. II Tit. 6 des A. L. R. in Bezug auf Korporationen und Gemeinden besonders ausgesprochenen Grundsatze aus, daß juristische Personen rücksichtlich ihrer dem Privatrechte angehörenden Rechte und Verbindlichkeiten gegen andere nach denselben Gesetzen zu beurtheilen sind, wie einzelne Mitglieder des Staats, also wie physische Personen. Das privatrechtliche (obligatorische) Verhältniß der juristischen Person zu ihren Beamten und ihre Verbindlichkeiten aus demselben unterliegen hiernach der gleichen Beurtheilung, als wenn an ihrer Stelle eine physische Person im Vertragsverhältniß zu den letzteren stände. Insbesondere ergiebt sich für das Verhältniß des Bekl. zum Kl. von selbst die Analogie des Dienstmiethkontrakts. Bei der kontraktlichen Haftpflicht einer physischen Person ist nun aber vor allem zwischen eigenem und fremdem Versehen zu unterscheiden. Denn, während sie für eigenes Versehen nach § 277 Thl. I Tit. 5 des A. L. R. ohne Weiteres haftet, ist sie für das fremde Versehen von Mittelspersonen, Gehülfen 2c. nur bei einem eigenen Versehen in der Auswahl oder Aufsicht (vergl. § 53 Th. I Tit. 6 des A. L. R.) oder doch nur unter anderen besonderen Voraussetzungen, z. B. nach den Bestimmungen des Haftpflichtgesetzes vom 7. Juni 1871 verantwortlich. Vergl. auch § 85 Thl. I Tit. 13 des A. L. R. Der aus § 82 Th. II Tit. 6 des A. L. R. sich ergebende Grundsatz verlangt, daß derselbe Unterschied von eigenem und fremdem Versehen bei der juristischen Person gemacht wird. Es fragt sich daher nur, wie er in der Anwendung auf diese sich gestattet. Da ein Versehen nach § 13 Thl. I Tit. 3 des A. L. R. als der Mangel pflichtmäßiger Auf-

merksamkeit erscheint, mithin als Willensfehler, so kann das Versehen einer juristischen Person nur in dem fehlerhaften Verhalten ihrer **Willensorgane** bestehen. Als solche aber können nicht alle Beamte, welche Werkzeuge ihrer Thätigkeit sind, sondern nur diejenigen derselben angesehen werden, welche sie in Bezug auf Willensakte — Erklärungen oder andere Handlungen — zu vertreten, also diese in ihrem **Namen** vorzunehmen haben, mit anderen Worten nur ihre amtlichen **Vertreter**, und auch diese nur insoweit, als sie vermöge ihres Amtes thätig sind. Die letzteren, aber auch nur sie, sind mit der juristischen Person, insofern es auf den Willen dieser ankommt, zu identifiziren; denn, was sie innerhalb des ihnen zugewiesenen Amtskreises (einerlei übrigens, ob bei einer Vermögensverwaltung oder sonst) als Vertreter derselben und in ihrem Namen vornehmen, ist so aufzufassen, als wäre es von der durch sie **repräsentirten** juristischen Person selbst vorgenommen. Vgl. Dernburg, Pr. Privatrecht (1. Auflage) I § 53 a. E. Nur das Versehen, welches diese bei ihren Amtshandlungen begehen, ist daher im Rechtssinne ein eigenes Versehen der juristischen Person. Als ein **fremdes** erscheint für dieselbe danach jedes **andere** Versehen, mag es von dritten Personen oder von ihren Willensorganen **außerhalb** des Amtskreises oder von solchen amtlichen Organen begangen werden, welche nicht ihre **Willensorgane** (ihre Vertreter) sind. Ob und in welchem Umfange einzelne Beamte oder Behörden diese besondere Eigenschaft haben, hängt von ihrer Stellung im allgemeinen und von ihren speziellen Befugnissen und Anweisungen ab. Daß aber dieselbe den „lediglich ausführenden Organen" abzusprechen sei (vergl. **Förster-Eccius**, Theorie und Praxis IV S. 733), ist jedenfalls in dieser Allgemeinheit nicht anzuerkennen, da auch die **Ausführung** des Willens einer juristischen Person durch Organe erfolgen kann, welche dabei im Namen und in Vertretung derselben handeln. Wird jedoch dem Beamten einer juristischen Person nicht eine Vertretung, sondern nur eine andere Thätigkeit für diese übertragen (z. B. die Leistung von Diensten wie die des Kl.), so ist er nicht ihr Willensorgan und sein Versehen daher für sie nur ein fremdes in demselben Sinne, wie das Versehen eines Dritten, welcher von ihr zu der gleichen Thätigkeit mittelst besonderen Kontrakts gedungen wäre, ohne als ihr Beamter angestellt zu sein. Aus der privatrechtlichen Gleichstellung der physischen und juristischen Person folgt, daß auch die letztere wegen eigenen Versehens ohne Weiteres in Anspruch genommen werden darf, wegen eines fremden (von Beamten oder von dritten Personen begangenen) Versehens jedoch nur dann, wenn dieselben besonderen Voraussetzungen zutreffen, von denen diese weitergehende Haftpflicht bei physischen Personen abhängt, wenn also z. B. der juristischen Person selbst, das heißt einem **Willensorgane** derselben ein Versehen in der Auswahl zur Last fällt, wobei sich von selbst versteht, daß dies vorbehältlich ihres Entschuldigungsbeweises auch aus den Umständen entnommen werden kann. — Inwieweit eine einzelne physische Person privatrechtlich als ein den Fiskus repräsentirendes Willensorgan desselben angesehen werden kann, ist selbstverständlich nur nach den concreten Umständen zu bestimmen. Ihr öffentlich rechtliches **Beamtenverhältniß** ist dafür nach dem Vorstehenden keineswegs entscheidend. Die kontraktliche Haftpflicht der juristischen Personen ist in Bezug auf Unterlassungen, wie für positive Vertragsverletzungen anerkannt. Es ist zwar die gesetzliche (außerkontraktliche) Ersatzverbindlichkeit der juristischen Person der Regel nach auf die Vernachlässigung gebietender Vorschriften zu beschränken, in Ansehung ihrer Kontraktspflicht zum Schadensersatz aber zwischen positiver und negativer Vertragsverletzung nicht zu unterscheiden. Vgl. die Entscheidung des R. G. vom 4. Juli 1881 in **Gruchot's** Beiträgen Bd. 27 S. 911 und Koch's Commentar zum A. L. R. (5. Auflage) Anmerkung 52 zu § 81 Thl. II. Tit. 6. Der bezeichnete Unterschied von gesetzlicher und kontraktlicher Haftpflicht der juristischen Person erklärt sich daraus, daß positive **Gesetzes**verletzungen ihrer Beamten regelmäßig überhaupt nicht als Amtshandlungen angesehen werden können, während sich solches bei positiver **Vertrags**verletzung anders verhält, diese auch immer zugleich eine **Nicht**erfüllung des Vertrags in sich schließt. Durch die behauptete fahrlässige Handlung würde der Bekl. nach den Grundsätzen des Dienstmiethkontrakts zum Schadensersatz verbindlich sein. Vgl. die Entscheidung des R. G. in Civilsachen Bd. 8 S. 151. VI. C. S. i. S. Kiecher c. Fiskus vom 10. November 1887 Nr. 209/87 VI.

91. Es wird von dem B. G. nicht verkannt, daß der Beamte auf die pflichtmäßige Führung seines Amtes die genaueste Aufmerksamkeit zu wenden hat und für jedes dabei begangene Versehen verantwortlich ist, welches bei gehöriger Aufmerksamkeit und nach den Kenntnissen, die bei der Verwaltung des Amtes erfordert werden, hätte vermieden werden können (§§ 88, 89 des A. L. R. Thl. II Tit. 10). Nach diesen Vorschriften aber ist von dem Beamten bei Aufnahme einer Urkunde ein höheres Maß von Aufmerksamkeit und Sorgfalt nicht zu fordern, als daß von ihm diejenigen Formen beobachtet werden, welche von den obersten Gerichtshöfen als die dem Gesetze entsprechenden erklärt sind. Es begründet daher noch keine Verschuldung, wenn die Urkunde trotzdem als formwidrig erkannt wird. Eine weitergehende Verantwortlichkeit würde Haftung nicht für Verschuldung („subjektives" Unrecht), sondern für „objektives" Unrecht sein. IV. C. S. i. S. Leschnig c. Steyer vom 12. Dezember 1887, Nr. 226/87 IV.

92. Das angegriffene Urtheil beruht auf der Erwägung, es könne der Grundsatz, daß den Eigenthümern von Häusern, welche an einer Straße in Städten oder Dörfern belegen seien, ein wohlerworbenes Recht auf die ungeschmälerte Benutzung der Straße zustehe, nicht Anwendung finden auf Landstraßen. Diese Erwägung ist zutreffend, auch wenn es richtig sein sollte, daß, worauf der Angriff der Revision gestützt wird, die frühere Landstraße, soweit sie durch das Dorf S. führt, als Dorfstraße benutzt wurde, d. h. dem Verkehr Reisender mit den Einwohnern des Dorfes und dem dieser miteinander gedient hat. Die neuere Judikatur hat für das Preußische Recht (vgl. Ober-Tribunal Entscheidungen Bd. 72 S. 1 ff., Entscheidungen des R. G. Bd. 7 S. 213, Gruchot, Beiträge S. 893) den Eigenthümern von Häusern, welche an einer städtischen oder Dorfstraße belegen sind, eine Entschädigung zugebilligt, wenn durch eine Veränderung der Straße der Verkehr zwischen den Häusern und der Straße behindert oder wesentlich erschwert wird. Diese Entscheidungen beruhen auf der auch in der Theorie vertretenen Ansicht (vgl. Dernburg, Preußisches Privatrecht Bd. 1 S. 656 Abs. 4 § 257), daß die Natur der Verhältnisse, nämlich einmal die Bestimmung

einer Straße, mit Häusern auf der Seite bebaut zu werden und dem Verkehr aus diesen und zu denselben zu dienen, und sodann die daraus den Anbauenden nothwendig erwachsende Voraussetzung, daß ihren für die Dauer errichteten Gebäuden und deren dauerndem Verkehrsbedürfnisse das Verkehrsmittel der Straße als solches dauernd verbleibe, zu der Annahme eines stillschweigend zwischen der Gemeinde als dem Eigenthümer der Straße und den Adjazenten als Eigenthümern der Häuser geschlossenen Vertrages führe, durch welchen den Letzteren eine Grundgerechtigkeit zur Benutzung der Straße zu Verkehrszwecken bestellt worden sei. Es ist nicht nothwendig, diesen Grundsatz hier auf seine Richtigkeit zu prüfen. Jedenfalls bietet er die alleinige Grundlage, auf welche ein Anspruch auf Entschädigung wegen nachtheiliger Veränderung einer Straße im Allgemeinen, d. h. abgesehen von Ansprüchen aus dem besonderen Nachbarrechte, von den Adjazenten begründet werden kann. Auf ihm allein beruhen auch die mit den angezogenen Urtheilen übereinstimmenden Entscheidungen für das Gebiet des Gemeinen Rechts (vgl. Seuffert's Archiv Bd. 7 Nr. 184, Bd. 18 Nr. 144, Bd. 22 Nr. 144). Dieser Grundsatz trifft aber nicht zu bei Landstraßen, weil diese in erster Linie den Zweck haben, den Verkehr von Ort zu Ort (§ 1 A. L. R. Thl. II, Tit. 14) zu vermitteln und nicht deshalb angelegt werden, damit an ihren Seiten Häuser angebaut werden. Von dieser Erwägung geleitet und mit Rücksicht auf die Bestimmungen des A. L. R. Thl. II, Tit. 15 §§ 4—6, §§ 18—22 hat auch das R. G. bereits in seiner in Gruchot's Beiträgen Bd. 25 S. 1049 ff. abgedruckten Entscheidung einen Entschädigungs-Anspruch wegen Tieferlegung einer Chaussee nicht für begründet erachtet. Es fragt sich also nur, ob die Rechtslage sich ändert, wenn die Landstraße durch eine Stadt oder ein Dorf führt. Dabei ist abzusehen von dem Fall, in welchem eine bereits bestehende Stadt- oder Dorfstraße für eine neu anzulegende Landstraße benutzt wird. Will man annehmen, daß der oben bezeichnete Grundsatz richtig ist, so würde die früher bestellte Servitut, welche an dem Areal der Straße haftet, durch die Anlegung der Landstraße nicht berührt und der Art in Kraft bleiben, daß für die im allgemeinen Interesse nothwendig werdende Erschwerung oder Aufhebung des Rechts Entschädigung geleistet werden müßte. Auf diesen Fall bezieht sich die angezogene Entscheidung des früheren preußischen Ober-Tribunals. Auch ist, soweit ersichtlich, kein Hinderniß vorhanden, das gleichfalls angezogene Urtheil des R. G., abgedruckt bei Gruchot, in dieser Beschränkung zu verstehen. Im vorliegenden Rechtsstreite ist aber nicht festgestellt, auch vom Kl. nicht einmal behauptet, daß die durch das Dorf S. führende Landstraße über eine bereits vor deren Anlegung vorhanden gewesene Dorfstraße geführt worden ist. Auch wenn man von der historischen Erwägung ausgehen wollte, daß der Regel nach Dörfer älter als Landstraßen sind, so ist damit deshalb nicht gewonnen, weil keine Wahrscheinlichkeit dafür besteht, daß das Dorf sich nicht im Laufe der Zeit nach der Landstraße zu sich erweitert hat. Es war aber die Aufgabe der Klage, die thatsächlichen Voraussetzungen des erhobenen Entschädigungsanspruches darzuthun, und diese sind nicht gegeben, wenn die Dorfstraße sich erst durch und mit Anlegung der Landstraße gebildet hat. In diesem Falle muß der Anbauende voraussehen, daß über kurz oder lang durch das Interesse, welchem die Landstraße in erster Linie zu dienen bestimmt ist, dem Interesse der Verkehrsvermittelung zwischen außerhalb des Dorfes gelegenen Orten, eine Aenderung, ein Aufhören, des zugleich dem speziellen Dorfverkehr zur Zeit durch die Landstraße gewährten Vortheils geboten sein kann. Es würde auch mit den gewöhnlichen Verhältnissen im Widerspruch stehen, davon auszugehen, daß der Erbauer der Landstraßen, die früher der Regel nach im Eigenthum des Fiskus standen, (§ 21 A. L. R. Thl. II Tit. 14) sich zu Gunsten der Anbauenden einer Entschädigungsverpflichtung habe unterwerfen wollen, die ihn möglicherweise später hinderlich sein könnte, dem Hauptzweck der Anlage in verbesserter Weise zu genügen. Und das um so mehr, als der Eigenthümer der Landstraße nicht wie die Gemeinde als Eigenthümerin der Stadt- und Dorfstraßen in der Lage ist, auf die Anbauenden einzuwirken und namentlich auf die räumlichen Verhältnisse zwischen Straße und Häusern beim Anbau Einfluß zu üben. V. C. S. i. S. Temptin c. Kreis Graudenz vom 30. November 1887, Nr. 217/87 V.

93. Die Annahme des B. R., daß für privatrechtliche Ansprüche Dritter der im § 9 des Testaments ausgesprochene Wille des Stifters, nicht aber der § 28 des Statuts maßgebend, da dieses Statut lediglich ein Internum der Verwaltung sei, kann als rechtsirrthümlich nicht betrachtet werden; ihre Richtigkeit ergiebt sich vielmehr aus denjenigen Normen, welche das Gesetz in den §§. 32 ff. Th. II. Tit. 19 A. L. R. für die Ausübung des staatlichen Hoheitsrechts über Stiftungen auch der vorliegenden Art (Wohlthätigkeitsanstalt) enthält. Darnach entscheidet über die innere Einrichtung solcher Anstalten das *Gutbefinden des Stifters* (§ 35) und nur, soweit *der Stifter nichts verordnet hat*, gebühren alle diese Befugnisse dem *Staate* (§ 36). Abgesehen von diesem hier nicht vorliegenden Falle beschränkt sich die Mitwirkung des Staats auf die aus seinem Hoheitsrechte fließende Oberaufsicht (§ 37), welche lediglich darauf sich erstreckt, daß *nach den Verordnungen des Stifters* verfahren werde und nichts einschleiche, was dem allgemeinen Endzwecke solcher Stiftungen zuwider sei (§ 38). IV. C. S. i. S. Tews c. Stadt Schwedt vom 6. Dezember 1887 Nr. 336/87 IV.

VII. Sonstige Preußische Landesgesetze.

Zur Circularverordnung vom 14. Juli 1797.

94. Die gedachte Verordnung erklärt unter Nr. 1 alle Verträge, welche bei öffentlichen Subhastationen 2c. zum Vortheil eines Lizitanten durch das Einräumen oder Versprechen eines Vortheils Kauflustige vom Gebot zurückzuhalten bezwecken, für unerlaubt und strafbar und versagt denselben unter Nr. 2 rechtliche Wirkung und Klagbarkeit für die Kontrahenten. Nach Nr. 3 aber soll alles, was der zurückstehende Kauflustige dadurch *gewonnen hat*, dem vorigen Eigenthümer des versteigerten Objekts oder dessen Gläubigern, zu deren Befriedigung der gerichtliche Verkauf veranlaßt gewesen, zu gute kommen und von dem *Inhaber* dieses unerlaubten Gewinns als Entschädigung für den rechtmäßigen Vortheil, den sie aus einer ordentlichen Fortsetzung der Lizitation zu hoffen hatten, herausgegeben werden. Gegen die Annahme des B. R., daß im Sinne der letztgedachten Bestimmung auch der nur *versprochene* Vortheil als unerlaubter Gewinn von dem Versprechenden als Inhaber desselben herauszugeben sei, welche dem Erkenntnisse des Ober-

tribunals in den Entscheidungen Bd. 28 S. 240 (Präjudiz Nr. 2532) sich anschließt, beruft sich die Revision mit Unrecht auf die Ungültigkeit des Versprechens, weil der Anspruch des Eigenthümers oder der Gläubiger auf Verabfolgung des fraglichen Gewinns überhaupt nicht als Vertragsforderung, sondern als ein Anspruch aus dem Gesetze sich darstellt, welchen dasselbe eben wegen der Ungültigkeit des betreffenden Vertrags jenen dritten Personen gewährt. Da die Auffassung des Obertribunals und des B. R. auch dem Zwecke des letzteren die nachtheiligen Folgen der bezeichneten Verträge thunlichst zu beseitigen, durchaus entspricht, so kann derselben vielmehr nur beigestimmt werden. Ebensowenig ist die Rüge begründet, daß dem versprochenen Vortheil der Befreiung des S.'schen Grundstücks keine Geldleistung hätte substituirt werden dürfen, zumal jene Befreiung durch die Subhastation des Grundstücks unmöglich geworden sei. Denn, da die Herausgabe des unerlaubten Gewinns an die genannten Personen allgemein, also auch für den Fall vorgeschrieben ist, daß sie, wie gerade die gedachte Befreiung, an Dritte durch Naturalleistung überhaupt nicht erfolgen kann, so liegt es im Sinne des Gesetzes, daß sie in diesem Falle durch Zahlung des Geldwerths geschieht. Die Schätzung der Befreiung des durch die fragliche Hypothek überlasteten Grundstücks zum vollen Werthe des letzteren, dem Subhastationserlöse von 1920 Mark, unterliegt aber keinem rechtlichen Bedenken und ist auch von der Revision nicht beanstandet. Es erübrigt daher die Prüfung des Angriffs, welchen diese daraus herleitet, daß jedenfalls die Kl. bez. die Nachlaßmasse ihres Ehemannes zu dem Anspruche auf jene Summe nicht aktiv legitimirt sei, weil auch bei ordnungsmäßiger Versteigerung der fraglichen Grundstücke nach dem unter Beweis gestellten Werthe derselben ein Kaufgeld-Ueberschuß für die Eigenthümer nicht habe erwartet werden können, die gedachte Summe auch zur Deckung der in erster Linie zu befriedigenden Hypotheken des Bekl. nicht ausreiche. Der bezeichnete Angriff erscheint ebenfalls nicht begründet. Die mehrgedachte Verordnung richtet sich nach Nr. 1 derselben gegen alle zur Herbeiführung eines Vortheils für einen einzelnen Lizitanten geschlossenen Verträge der angegebenen Art, ohne vorauszusetzen, daß durch diese anderen Personen ein bestimmbarer Nachtheil erwächst. Allerdings schreibt sie unter Nr. 3 vor, daß der dadurch erzielte unerlaubte Gewinn dem früheren Eigenthümer des versteigerten Objekts oder dessen Gläubigern „als Entschädigung wegen des dadurch entzogenen rechtmäßigen Vortheils, den sie aus einer ordnungsmäßigen Fortsetzung der Lizitation zu hoffen hatten," herausgegeben werden soll. Aber auch dadurch ist der Anspruch der gedachten Personen nicht als eine Entschädigungsforderung bezeichnet, zu deren Begründung die Darlegung eines wirklichen Schadens oder gar des Betrages eines solchen verlangt werden könnte, dessen Liquidation auch der Natur der Sache nach regelmäßig gar nicht möglich sein würde. Vielmehr ist nach dem klaren Inhalt der bezeichneten Vorschrift der genau bestimmte Gegenstand des durch dieselbe gewährten gesetzlichen Anspruchs dasjenige, was der zurücktretende Kauflustige durch den unerlaubten Vertrag gewonnen hat, während die Entschädigung der Betheiligten für die ihnen (möglicher Weise) entgangenen Vortheile lediglich als das Motiv für die Gewährung jenes Anspruchs oder als dessen Zweck hingestellt wird. Vergl. die Entscheidungen des Obertribunals Bd. 26 S. 251 ff.; Bd. 72 S. 74. Auch zur Aktivlegitimation für die Geltendmachung desselben bedarf es nach der Verordnung keines Nachweises eines Schadens oder auch nur der Möglichkeit eines solchen. Vielmehr sind als die dazu Legitimirten schlechthin der frühere Eigenthümer oder die Gläubiger bezeichnet. Konkurriren daher mehrere dieser Betheiligten, so wird es unter Umständen zweifelhaft sein können, welchen derselben der fragliche Anspruch zusteht. Allein ein derartiger Zweifel ist in dem vorliegenden Falle ausgeschlossen, weil der Bekl. der einzige betheiligte Gläubiger ist, dieser aber jedenfalls keinen Anspruch auf den von ihm selbst versprochenen unerlaubten Gewinn hat, da ihm, wie der B. R. zutreffend hervorhebt, der § 35 Thl. I Tit. 3 des A. L. R. entgegensteht, ganz abgesehen davon, daß er eben derjenige ist, welcher jenen Gewinn nach Vorschrift der Verordnung herausgeben muß. VI. C. S. i. S. Blumenthal c. Krüger vom 28. November 1887, Nr. 235/87 VI.

Zu den Ablösegesetzen.

95. Das R. G. hat bereits früher, in Uebereinstimmung mit der konstanten Praxis des früheren Preußischen Ober-Tribunals, erkannt, daß nach §§ 147 bis 150 der Gemeinheitstheilung-Ordnung vom 7. Juni 1821 baare Abfindungen, welche an Stelle von Realprästationen dem Eigenthümer des berechtigten Grundstücks ausgezahlt sind, nicht Zubehör des Grundstücks werden. (Vergl. Urtheil vom 9. Januar 1886 in Sachen von der Goltz wider von Kleist. V. 215/85.) V. C. S. i. S. Lecher c. Lecher vom 26. November 1887, Nr. 213/87 V.

Zu den Stempelgesetzen.

96. Nach dem Stempeltarif vom 7. März 1822 werden Auktionsprotokolle mit ⅙ Prozent des reinen Ertrages der Lösung — sofern solcher 150 Mark übersteigt (§ 3a. des Gesetzes vom 7. März 1822) versteuert. Es bestimmt jedoch § 7 Absatz 2 des cit. Gesetzes: „Gehört der Gegenstand der Auktion nicht zu einer einzigen Vermögensmasse, sondern mehreren in keiner Gemeinschaft stehenden Theilnehmern, so ist der Stempel nach den besonderen Antheilen eines jeden derselben am Lösungsertrage zu berechnen." Und es fragt sich, ob diese Bestimmung auch auf den vorliegenden Fall Anwendung findet, in welchem eine Anzahl von Gegenständen, die von verschiedenen Personen bei einem konzessionirten Pfandleiher verpfändet waren, im Auftrage des letzteren nach Maßgabe des Gesetzes vom 17. März 1881 (Gesetz-Sammlung S. 265) §§ 9 ff. von einem Gerichtsvollzieher unter Aufnahme eines Auktionsprotokolles öffentlich versteigert sind. — Der B. R. hat diese Frage im Anschluß an das diesseitige, in einer wesentlich gleich liegenden Sache ergangene Urtheil vom 6. März 1885 (abgedruckt im Preußischen Justiz-Ministerial-Blatt de 1885 S. 305 flg.) bejaht und hierin ist die Verletzung einer Rechtsnorm nicht zu finden. IV. C. S. i. S. Fiscus c. Ludewig vom 17. November 1887, Nr. 222/87 IV.

97. Schriftliche Kauf- und Lieferungsverträge über im Inland von einem der Kontrahenten erzeugte oder hergestellte Mengen von Sachen oder Waaren sind dem Preußischen Landesstempel von ⅓ Prozent nicht unterworfen. IV. C. S. i. S. Steuerfiskus c. Piedboeuf vom 28. November 1887, Nr. 205/87 IV. (Schluß folgt.)

Literatur.

IV. Ausländisches Recht und Rechtsgeschichte.

1. **Ernst Schuster: Die bürgerliche Rechtspflege in England. Mit einem Vorwort von Rudolf Gneist. Berlin 1887, Franz Vahlen. 331 S., Preis geh. 7 Mark, geb. 8,25 Mark.**

Während das englische Strafverfahren und Verwaltungsrecht auf die deutsche Rechtswissenschaft einen unermeßlichen Einfluß gewonnen haben, und das englische Handelsrecht in Goldschmidt's Zeitschrift eine ständige Berücksichtigung findet, sind die übrigen Theile des englischen Rechts bei uns nur wenig bearbeitet worden. Freilich hat Kohler in neuester Zeit für das Immaterialgüterrecht die englische Praxis in umfassendem Maße verwerthet.

Das vorliegende System der bürgerlichen Rechtspflege von England und Wales (nicht Schottland, Irland u. s. w.) enthält den englischen Civilprozeß vor den ordentlichen Gerichten (einschließlich der Zwangsvollstreckung), die Gerichtsverfassung, das Konkursverfahren und die freiwillige Gerichtsbarkeit, — alles im möglichsten Anschluß an die Eintheilungen unserer Gesetze. Indem so das Ganze im bekannten Rahmen erscheint, und der Leser sich beständig an das heimische Gegenbild erinnert fühlt, sind die Schwierigkeiten, die eine auf den Deutschen berechnete Darstellung bei dem Stande der englischen Rechtsquellen und Wissenschaft mit sich bringt, und die Gneist im Vorwort schildert, in ausgezeichneter Weise überwunden. Trotzdem bleibt die Lektüre bei der Fremdartigkeit des Gegenstandes und der Knappheit der Darstellung nichts Müheloses. Um die Anschaulichkeit zu steigern, sind an geeigneter Stelle Muster von englischen Schriftsätzen, Formulare u. s. w. eingestreut. Gneist hebt hervor, daß das Buch auch für den deutschen Anwalt im Verkehr mit den englischen Gerichten ein zuverlässiges Hilfsmittel sein wird.

Während an der englischen Gerichtsverfassung immer von neuem die Thatsache auffällt, daß wenige Oberhöfe in der Hauptsache die ganze Rechtsprechung erledigen, ist an dem Civilprozeß die Elastizität so vieler Verhältnisse der hervorstechendste Zug. Schon in den Grundlagen. Wesentliche prozessuale Bestimmungen sind gar nicht gesetzlich festgestellt, sondern der Regelung durch richterliche Behörden überlassen. Die Parteien können vereinbaren, daß die Zeugenvernehmung nicht in der Hauptverhandlung erfolgt, sondern statt dessen jeder Theil beeidigte schriftliche Aussagen seiner Zeugen beibringt. Mit Einverständniß der Parteien kann das ordentliche Gericht die Sache zur Entscheidung an einen sachverständigen Spezialrichter verweisen. Rechnungsprozesse kann der Richter zwangsweise vor einen Schiedsrichter verweisen u. dgl. Auch der Parteibetrieb tritt, wo es das Bedürfniß erfordert, zurück. Wenn es sich z. B. um Berechtigungen einer ganzen Personenklasse — Erben, nächste Verwandte u. s. w. — handelt, und die einzelnen Zugehörigen dieser Klasse nicht leicht zu ermitteln sind, kann der Richter Jemanden zum Vertreter der ganzen Klasse und Theilnehmer am Rechtsstreit bestellen; er kann die Zuziehung anderer Parteien anordnen, er kann verfügen, daß eine andere, gleichberechtigte Person die Leitung des Rechtsstreites übernimmt. — So hat man den Eindruck, daß die Entwickelung und die heutige Gestaltung des englischen Prozesses nicht von Schlagworten beherrscht worden ist.

2. **W. Späing, Amtsrichter in Berlin: Französisches und englisches Handelsrecht in Anschluß an das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch. Berlin 1888, Franz Vahlen. 538 S., Preis 8 Mark.**

Dieses praktische Buch ist kein System, sondern eine Anreihung der entsprechenden englischen und französischen Vorschriften an jeden einzelnen Artikel des A. D. H. G. B. Eine wörtliche Uebersetzung derselben war großentheils schon deshalb unthunlich, weil das englische Handelsrecht vorwiegend auf Gewohnheitsrecht beruht. Einzelne Gesetze, wie z. B. das englische G. vom 7. 8. 1862, betr. die Handelskompagnien, sind fast vollinhaltlich wiedergegeben. Die Anmerkungen enthalten Hinweise auf die im Zusammenhang stehende englische und französische Gesetzgebung, Erläuterungen u. s. w.

3. **Eduard Hertz: Voltaire und die französische Strafrechtspflege im achtzehnten Jahrhundert. Ein Beitrag zur Geschichte des Aufklärungszeitalters. Stuttgart 1887. Ferdinand Enke. 530 S.**

Man ist gewohnt, das Eingreifen Voltaires in die französische Strafrechtspflege als eine Episode zu betrachten, — als eine Episode in seinem Leben und in der Rechtsgeschichte. Es ist das Verdienst dieser edeln und gründlichen Darstellung, im Gegensatz hierzu den Zusammenhang in Voltaires Bemühungen um die Rechtspflege aufzuzeigen. Nachdem er einmal der ungeheuren Mißstände, die auf diesem Gebiete herrschten, inne geworden war, hat er nie wieder von diesem Gegenstand abgelassen und mit einer Leidenschaft — der es sogar gelungen ist, seiner natürlichen Fehler Herr zu werden, seinen Geiz in Opferwillen und seine Furcht in Unerschrockenheit zu verwandeln, — mit allen Hilfsmitteln seines erfinderischen Geistes, durch wissenschaftliche Arbeit und durch Parteinahme für einzelne Unglückliche für Reformen gewirkt. Der praktische Erfolg seiner literarischen Vertheidigungen mag freilich im ganzen nicht größer gewesen sein, als einem Anwalt gewöhnlich beschieden ist; aber in unberechenbarem Maße haben sie zur Vorbereitung und Verwirklichung der späteren Reformen beigetragen. Indem das Buch letztere und zugleich die Ursachen, die sie erforderlich machten, in den Kreis seiner Betrachtung zieht, wird es zu einer Geschichte der französischen Strafrechtpflege seit der Ordonnanz von 1670 bis zur Revolution.

Den Beginn macht eine Schilderung der Strafpraxis jenes Jahrhunderts und aller Momente, die sie bestimmt haben: des Strafrechts und -Verfahrens; der Krone und ihrer Rechte; des Richterstandes, insbesondere der Parlamente — ihrer politischen Stellung und des Stellenkaufes; der Advokatur; der Literatur; der öffentlichen Meinung und ihrer Faktoren. Die Darstellung wendet sich dann zu den geistigen Strömungen der Zeit, ihren Zusammenhang mit den Versuchen, das Strafrecht zu verbessern, und zu Voltaire und seiner äußeren und literarischen Stellung. Es folgt die Geschichte der vielen Prozesse, in die er eingegriffen hat. Während des Verlaufes dieser Prozesse sehen wir ihn bedeutende wissenschaftliche Arbeiten veröffentlichen: die Geschichte des Pariser Parlaments; den prix de la justice et de l'hu-

manité. Zugleich schreitet die Rechtsentwickelung vorwärts; der Kanzler Meaupou stürzt die alten Parlamente und läßt neue an die Stelle treten. Ihnen wird jedoch der Prozeß Beaumarchais verhängnißvoll, und die alten Parlamente kehren zurück. Alle diese Vorgänge begleitet die Darstellung. Die weitere Entwicklung gehört der Zeit nach Voltaires Tode an; sie wird noch bis zur Revolution verfolgt. Die Grundzüge der Reformgesetze und die Rehabilitirung von Calas und La Barre durch den Konvent bilden den Schluß.

Man kann das Buch nicht aus den Händen legen, ohne sich zu fragen, welchen Nutzen es haben würde, wenn die Art von Rechtsgeschichte, die darin vorgetragen wird, mehr gepflegt würde. Auf der Universität und später befassen wir uns zwar mit dem objektiven Recht, seiner Geschichte und seinem jetzigen Gehalt; allein das ist unzureichend. In aller Rechtsprechung findet sich auch ein subjektives Element, das theils der Leitung und Entwickelung, theils der Unterdrückung bedarf. Oft treten unbewußt unberechtigte Vorstellungen der Richtenden zu denjenigen hinzu, welche dem Inhalte des Gesetzes und des allgemeinen Rechtsbewußtseins entsprechen, und bestimmen das Urtheil mit: persönliche oder soziale Vorurtheile, Berufsgewohnheiten u. dgl. Diese Erwägung ist nicht ohne Antheil an der Gründung der Volksgerichte, und sie ist schon für sich geeignet, diese Einrichtung zu rechtfertigen, die durch die Art der Zusammensetzung und die größere Zahl persönliche Einseitigkeiten auszugleichen sucht. Der Beamtenrichter wird sich gegen eigne Mißgriffe derart nur schützen können, indem er sich an eine planmäßige Kritik seiner Vorstellungen gewöhnt. Ob man von sozialen, religiösen u. a. Vorurtheilen frei ist, hängt allerdings in hohem Maß von der Entwicklung des Charakters ab; aber ebenso sehr von der Klarheit des Verstandes; und gerade diejenigen Vorurtheile, die sich mit der täglichen Berufsübung verknüpfen, z. B. die Neigung, den Angeklagten als Schuldigen anzusehen, sind nur durch Selbstkritik zu berichtigen. Aber diese Selbstkritik muß angeregt werden.

In dieser Hinsicht ist der englische Richter in bevorzugter Lage. Er findet in den Erfahrungen seiner früheren Anwaltsthätigkeit das innere Gegengewicht gegen einseitige Anschauungen des Richteramts. Außerdem begegnen seine Irrthümer in der Oeffentlichkeit, und besonders in der Presse, der freimüthigsten Beurtheilung, so daß er stets Fühlung mit der öffentlichen Meinung behält, — die ja nicht immer blind ist. Dagegen hat das Reichsgericht unsrer Presse das allgemeine Recht auf den Schutz des § 193 St. G. B. nicht zugesprochen.

Es ist also um so dringlicher, aus der Geschichte, von den Irrthümern früherer Zeiten zu lernen. Jene häßlichen Vorurtheile der Praxis, von denen dies Buch so Trauriges berichtet, bestehen nicht mehr so starr und abgeschmackt. Aber ihre Spur ist nicht völlig verschwunden; und in der Aehnlichkeit der Ursachen berühren sich die heutigen Reformbestrebungen mit denen des achtzehnten Jahrhunderts.

4. **Dr. Hermann Ortloff, Landgerichtsrath in Weimar: Der Wechselverkehr nach deutschem und österreichischem Recht. Handbuch für Rechtsanwälte, Notare, Gerichtsschreiber, Gerichtsvollzieher, Bankiers, Kaufleute, Gewerbetreibende, Mäkler, Wechsel-Agenten, Steuer- und Postbeamte, zum Gebrauch in Gerichts- und Schreibstuben sowie in Handels-, Gewerbe- und auch Rechtsschulen. 2. vermehrte und verbesserte Auflage. Berlin und Leipzig, 1887, Louis Heuser. 246 S., Preis 3,20 M.**

Der erste Theil des Buches enthält eine Darstellung der allgemeinen Wechselkunde und die Entwicklung des Wechsels, seine Funktionen im Handelsverkehr, als Werthpapier, die Deckung und der Avis u. s. w.; der zweite Theil die A. D. W. O. mit den abweichenden Bestimmungen, die in Oesterreich gelten, — Text und Erläuterungen; der dritte Theil das deutsche Wechselstempelsteuergesetz nebst den abändernden und allgemeinen Ausführungsbestimmungen; die entsprechenden Gesetze für Oesterreich; die Bestimmungen der deutschen Postordnung über den Gebrauch der Postaufträge im Wechselverkehr, Formulare und Literaturangaben.

Daß sich das Buch in dem weiten Kreis, dem es dienen will, bewährt hat, beweist das schnelle Bedürfniß nach der zweiten Auflage. Für den fertigen Praktiker ist es seiner Anlage nach nicht eigentlich bestimmt. Doch hat es auch für ihn wegen der Heranziehung des österreichischen Rechts Werth.

5. **Dott. Bernardino Alimena, avvocato: La premeditazione in rapporto alla psicologia, al diritto, alla legislazione comparata. Con diagrammi. Torino, 1887. Fratelli Bocca editori. 286 pag.**

Gn.

Für die Redaktion verantw.: E. Huenle. Verlag: W. Moeser Hofbuchhandlung. Druck: W. Moeser Hofbuchdruckerei in Berlin.

№ 5. Berlin, 18. Januar. 1888.

Juristische Wochenschrift.

Herausgegeben von

S. Haenle, Justizrath, Rechtsanwalt in Ansbach.
und
M. Kempner, Rechtsanwalt beim Landgericht I. in Berlin.

Organ des deutschen Anwalt-Vereins.

Preis für den Jahrgang 20 Mark. — Inserate die Zeile 40 Pfg. — Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt.

Inhalt.

Aufsätze für die Juristische Wochenschrift, welche acht Spalten überschreiten, können nur ausnahmsweise angenommen werden. Aufsätze, welche sich auf Angelegenheiten des Anwaltstandes und die Reichsjustizgesetze beziehen, erhalten den Vorzug.

Die Redaktion.

Hülfskasse für deutsche Rechtsanwälte.

Die Anwaltskammer im Bezirke des Oberlandesgerichts zu Bamberg hat der Kasse wiederum eine Beihülfe von 300 Mark überwiesen. Der Kammer und ihrem Vorstand ist für die erfreuliche Zuwendung der aufrichtigste Dank ausgesprochen.

Vom Reichsgericht.*)

(Schluß.)

Wir berichten über die im Monat Dezember 1887 ausgefertigten Civilerkenntnisse.

VII. Sonstige Preußische Landesgesetze.

Zum Berggesetz.

98. Uebereinstimmend mit dem § 13 des Kompetenz-Gesetzes vom 13. Juni 1861, durch welches die bisher den Bergbehörden unterstellten Hüttenwerke dem Ressort der Regierungen überwiesen wurden, bestimmt der § 166 Abs. 2 des Berggesetzes, daß die Besitzer und Arbeiter der Hüttenwerke u. s. w., welche bereits einem Knappschaftsvereine angehören, auf ihren gemeinschaftlichen Antrag aus dem Vereine ausscheiden. Ueber die Voraussetzungen, unter welchen dieses Ausscheiden stattfindet, spricht sich das Gesetz, welches in der Beziehung eine Lücke enthält, nicht näher aus, und es folgert deshalb die Kl., daß ein solcher Austritt durch die bloße Erklärung der Werksbetheiligten im einzelnen Falle rechtswirksam geschehe. Dieser Auffassung steht nun aber der Wortlaut des § 166 cit. nicht zur Seite, da dieser, wie hervorzuheben, das Ausscheiden nicht an die — einseitige — Erklärung der Werksbesitzer und Arbeiter knüpft, dasselbe vielmehr auf den Antrag der letzteren eintreten läßt. Wenn nun auch diese Ausdrucksweise nicht in dem Sinne zu verstehen, daß der Knappschafts-Vorstand einen solchen Antrag nach freiem Ermessen abzulehnen befugt wäre, so weist sie doch auf das Erforderniß einer vorgängigen, über die Modalitäten des Austritts mit demselben zu treffenden Vereinbarung deutlich hin. Der von der Kl. geltend gemachten Auffassung stehen aber auch anderweite aus dem juristischen Wesen und dem Zwecke der Knappschafts-Vereine sich ergebende Momente entgegen. Die genannten Vereine sind Korporationen des öffentlichen Rechts, bei denen die Zugehörigkeit der einzelnen Werke u. s. w. auf gesetzlicher resp. statutarischer Verpflichtung beruht — §§ 165, 168 loc. cit. — und deren Zweck eine umfassende Fürsorge für das Wohl der Beamten und Arbeiter derselben bildet, § 171 seq. leg. cit. Bei Korporationen des öffentlichen Rechts kann aber grundsätzlich die unbedingte Freiheit des Austritts der einzelnen Glieder derselben nicht als Regel gelten, und es hat ferner das O. L. G. zutreffend hervorgehoben, daß wenn man eine solche in den Fällen des § 166 Absatz 2 cit. anerkennen wollte, damit die einzelnen Knappschafts-Vereine in ihrem Fortbestehen beeinträchtigt und namentlich die wohlerworbenen Rechte der Invaliden, Wittwen und Waisen, welche diesen lediglich gegen die letzteren, nicht aber auch gegen die ausgeschiedenen Hüttenwerke zustehen, gefährdet sein würden. Wenn hieran nun das O. L. G. die Annahme geknüpft hat, daß die klägerische Auffassung des § 166 Abs. 2 cit. mit der Absicht des Gesetzgebers, dessen Tendenz auf Erhaltung und Förderung der Knappschafts-Vereine gerichtet sei, nicht im Einklange stehe, so ist dem nur beizupflichten. Endlich kann auch das, was die Kl. bezüglich des Austritts der Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft und der demselben nachfolgenden Auseinandersetzung geltend macht, wie es keiner näheren Darlegung bedarf, auf das Verhältniß des grundverschiedenen Rechtsinstituts der Knappschafts-Vereine nicht Anwendung finden.

*) Nachdruck ohne Angabe der Quelle verboten.

II. C. S i. S. A.-G. Weilerbacher Hütte c. Mosel-Knappschaft vom 4. November 1887 Nr. 155/87 II.

Zu den Beamtenpensionsgesetzen.

99. Dem B. R. ist darin beizupflichten, daß nach den Grundsätzen, bezüglich der Pensionsansprüche der unmittelbaren Staatsbeamten, die Entziehung einer bewilligten Pension nicht dadurch allein gerechtfertigt werden kann, daß der Pensionirte eines vor der Pensionirung verübten Verbrechens oder Vergehens überführt wird, welches, wenn es während seiner Dienstzeit zur Aburtheilung gekommen wäre, die Dienstentlassung und folgeweise den Verlust des Pensionsanspruchs zur Folge gehabt haben würde. Allerdings wies das Pensionsreglement für die Civil-Staatsdiener vom 30. April 1825 (v. Kamptz Annalen Bd. 16 S. 343) im § 30 Nr. 2 den Richter, unter welchem ohne Zweifel der Strafrichter zu verstehen ist (vgl. Kabinetsordre vom 21. Mai 1825 — Gesetzsammlung S. 147 — Nr. 1) an, in solchen Fällen auf Verlust der Pension zu erkennen. Allein diese Vorschrift ist, wenn nicht schon durch den § 23 des Pr. Strafgesetzbuchs vom 14. April 1851 jedenfalls mit dem ganzen Reglement durch § 38 des am 1. April 1872 in Kraft getretenen Preußischen Pensionsgesetzes vom 27. März 1872 aufgehoben und dieses Gesetz enthält keine entsprechende Bestimmung, nachdem schon vorher der im § 23 des Strafgesetzbuchs vom 14. April 1851 ausgesprochene Verlust der Pension als Rechtsfolge der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte in das Deutsche Strafgesetzbuch nicht aufgenommen und dadurch — in gewollter Abweichung von dem bisherigen Preußischen Rechte — in Wegfall gebracht war, wobei man von der Auffassung ausging, daß die kraft rechtlicher Verpflichtung gewährte Pension gewissermaßen als aufgespartes Gehalt anzusehen sei, und deren nachträgliche Entziehung die Natur der Vermögens-Konfiskation habe, durch welche die ehemaligen Beamten härter, als andere Delinquenten gestraft werden würden (vgl. Stenographische Berichte der Verhandlungen des Reichstages von 1870 Bd. I. S. 213—215). IV. C. S. i. S. Golz c. Kur- und Neumärkisches Kredit-Institut vom 24. November 1887 Nr. 206/87 IV.

Zu den Grundbuchgesetzen.

100. Zwar ist nicht zu bezweifeln, daß der Eigenthumserwerb mittelst Auflassung in allen Fällen eine Singularsuccession darstellt, auch wenn derselben ein Vitalizienvertrag zu Grunde liegt. Es erscheint daher auch die Gleichstellung eines solchen Erwerbs mit dem Eigenthumserwerb des Erben nicht zulässig. Aber ebenso ist nicht zu bezweifeln, daß derjenige, welchem durch Vitalizienvertrag ein ganzes Vermögen übertragen wird, dadurch in alle Verbindlichkeiten des Uebertragenden eintritt, (§ 646 des Anhangs zum A. L. R.), mithin, wenn sich in dem übertragenen Vermögensinbegriff Sachen befinden, an denen dem Uebertragenden nicht das Eigenthum, sondern nur das Recht des unvollständigen Besitzes zusteht, auch in das dieserhalb zwischen dem Eigenthümer und dem Uebertragenden bestehende Rechtsverhältniß. Hieraus folgt dann ferner, daß, wenn in solchem Falle der Uebernehmer die Auflassung von dem fälschlich als Eigenthümer eingetragenen Uebertragenden und darauf hin die Eintragung als Eigenthümer erhält, er dennoch auf Grund des zwischen dem wahren Eigenthümer und dem Uebertragenden bestandenen Rechtsverhältnisses verpflichtet bleibt, den bisherigen wahren Eigenthümer als solchen anzuerkennen und nach beendetem Besitzrecht die Sache an diesen herauszugeben. Der hierauf gerichteten Klage (Vindikation) kann der Uebernehmer die auf Grund der Auflassung erlangte Eintragung als Eigenthümer nicht entgegensetzen, weil diese Eintragung auf Grund jener auf den Uebernehmer übergegangenen Verpflichtungen der Anfechtung (§ 9 Abs. 1 des E. E. G.) unterliegt. V. C. S. i. S. Sunder c. Beckmann vom 23. November 1887, Nr. 209/87 V.

101. Nach § 23 des E. E. G. vom 5. Mai 1872 muß die Eintragungsbewilligung eine bestimmte Summe angeben. Ist die Größe des Anspruchs noch unbestimmt, so muß der höchste Betrag, bis zu welchem das Grundstück haften soll, eingetragen werden. (§ 24 daselbst.) Gemäß § 30 haftet das Grundstück für das eingetragene Kapital, also für das Kapital, soweit es eingetragen ist. Von dem in diesen Vorschriften zum Ausdruck gebrachten Grundsatz der Spezialisirung der Pfandschulden finden sich nur zwei Ausnahmen in den Grundbuchgesetzen. Nach § 76 der Grdb. O. kann bei der Eintragung von Altentheilen der Eintragungsvermerk auf die bei den Grundakten befindliche Festsetzung des Altentheils verweisen, und nach § 77 daselbst genügt die Eintragung der Rentenpflichtigkeit. In diesen beiden Fällen wird also die Spezialisirung der einzelnen Leistungen, für welche das Grundstück haftet, nicht erfordert. Abgesehen von diesen Ausnahmen gilt für die unter der Herrschaft der Grundbuchgesetze von 1872 erfolgten Eintragungen von Hypotheken und Grundschulden die Regel, daß das verpfändete Grundstück für eine Kapitalforderung nur dann haftet, wenn sie im Grundbuche eingetragen ist, und das Kapital gilt nur dann als eingetragen, wenn die Eintragung zu einem bestimmten Betrage erfolgt ist. Die Verweisung auf vertragsmäßige oder gesetzliche Bestimmungen in dem Eintragungsvermerke entspricht nicht dem Grundsatz der Spezialisirung, und ersetzt nicht das im § 23 des E. E. G. für die Eintragung vorgeschriebene Erforderniß. Der B. R. rechtfertigt seine entgegenstehende Entscheidung durch den Hinweis darauf, daß die Zinsen und Amortisationszahlungen zu den mit Rücksicht auf die Zuschußdarlehne erhöhten Sätzen eingetragen sind. Daraus kann aber nur gefolgert werden, daß das Grundstück für diese Leistungen, nicht auch, daß es für die Zuschußdarlehne selbst haftet. Eine indirekte hypothekarische Sicherstellung, von welcher in dem B. U. geredet wird, kennt das Recht nicht. Der B. R. macht ferner für seine Ansicht geltend, daß ein Vermerk eingetragen ist, wonach das eingetragene Kapital nebst Zinsen und Amortisationszahlungen dem Regulativ von 1858 respektive dem Statut von 1873 untersteht. Die Frage, ob durch eine derartige Bezugnahme (welche in Abtheilung III, nicht wie die oben gedachten Ausnahmen in Abtheilung II einzutragen ist) die in dem Regulativ enthaltenen Bestimmungen hinsichtlich der Amortisation, Kündigung und Rückzahlung der eingetragenen Pfandbriefdarlehne für miteingetragen gelten können, ist streitig und braucht hier nicht entschieden zu werden (vergl. Achilles, Kommentar, 3. Auflage § 76 Note 3 zur Grdb. O. S. 419; Dernburg und Hinrichs, Preußisches Hypothekenrecht, Bd. I S. 431, 437; Striethorst Archiv Bd. 35 S. 317). Denn das Zuschußdarlehn ist ein selbstständiges, von der Pfandbriefschuld unabhängiges Darlehn; es steht rein auf dem Boden des Darlehnsvertrages ohne von der Tendenz der Kreditvermittelung

beeinflußt zu sein (vergl. v. Brünneck in Gruchot's Beiträgen Bd. 29 S. 35 ff. 518). Dieser rechtlichen Natur des Zuschußdarlehns entspricht es, daß einzelne Kreditinstitute (z. B. die Pommersche und Schlesische Landschaft) sich wegen ihrer Forderung aus demselben durch eine besondere, hinter der Pfandbriefschuld einzutragende Hypothek decken (v. Brünneck l. c. S. 36, 37). Für das Kur- und Neumärkische Ritterschaftliche Kreditinstitut bestimmt § 8 des Regulativs vom 15. März 1858, daß dem Darlehnsnehmer, wenn der Kurs der Pfandbriefe unter pari steht zur völligen oder theilweisen Ausgleichung der Differenz zwischen dem Kurs und Nennwerth ein baarer Zuschuß gegeben werden kann. (Ebenso § 15 des Statuts vom 21. Mai 1873.) Diese Bestimmung beweist, daß das Pfandbriefdarlehn den etwa gegebenen Zuschuß nicht mitumfaßt, und daß die Eintragung des ersteren unter Bezugnahme auf das Regulativ oder das Statut es nicht erkennbar macht, daß das Grundstück für ein Zuschußdarlehn haftet. Wenn endlich der B. R. für seine Entscheidung den § 47 der Grdb. O. heranzieht, nach welchem die für die Kreditvereine ergangenen statutenmäßigen Vorschriften über die Aufnahme, Eintragung und Löschung der Pfandbriefdarlehne unberührt bleiben, so erledigt sich dieser Grund dadurch, daß die Vorschrift nur das Verfahren bei der Eintragung und Löschung von Pfandbriefdarlehnen betrifft, keineswegs aber die etwa in den einzelnen Reglements getroffenen, von den Bestimmungen der Grundbuchgesetze über den Umfang und die rechtliche Wirkung der Eintragungen abweichenden Bestimmungen aufrecht erhält. (Vergl. Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. II S. 286). V. C. S. i. S. Hallstein c. Kur- und Neumärkisches Ritterschaftliches Kreditinstitut vom 16. November 1887, Nr. 208/87 V.

102. Nach § 30 des E. E. G. vom 5. Mai 1872 haftet für das eingetragene Kapital nebst Zinsen und Kosten das bewegliche, dem Eigenthümer gehörige Zubehör, so lange bis dasselbe veräußert und von dem Grundstücke räumlich getrennt ist. Daraus folgt, daß eine Eigenthumsveränderung an beweglichen Zubehörstücken das Pfandrecht der Gläubiger nicht aufhebt, so lange sie auf dem verpfändeten Grundstück verbleiben. Wenn also auch Kl. durch den Ankauf in der Auktion das Eigenthum an den streitigen Gegenständen erworben hatte, so blieben sie den Pfandgläubigern doch bis zur räumlichen Trennung von dem Gute verhaftet, und konnten von ihnen mit dem Gute zum Verkauf gestellt werden. Darüber, daß die Sachen vor der Auktion dem früheren Besitzer gehört haben, waltet kein Streit ob. An der Verkaufsbefugniß der Gläubiger ist auch durch das Gesetz vom 13. Juli 1883 nichts geändert. Denn § 1 desselben bestimmt, daß zur Immobiliarmasse auch diejenigen beweglichen Gegenstände gehören, auf welche das bezüglich eines unbeweglichen Gegenstandes bestehende Pfandrecht kraft Gesetzes sich miterstreckt, und § 16 regelt den Umfang der Beschlagnahme in ähnlicher Weise. Daraus folgt, daß die Kenntniß des Eigenthumswechsels an den streitigen Sachen, sofern sie als Zubehör des verkauften Grundstückes anzusehen waren, allein den Ersteher nicht in bösen Glauben versetzen konnte. Im vorliegenden Falle waltet kein Streit darüber ob, daß die verkauften Pferde nicht von dem Gute fortgebracht sind. Sonach liegen hier die thatsächlichen Grundlagen zur Anwendung der §§ 24, 25 A. L. R. Thl. I Tit. 10 nicht vor, und es bedarf keiner Erörterung der Frage, ob das auf den guten Glauben des Erstehers bei Zwangsversteigerungen überhaupt anerkannt (vergl. die Urtheile des früheren Preußischen Obertribunals und des R. G. in Gruchot, Beiträge, Bd. 22 S. 743, Bd. 26 S. 1094, 1099). An diesem Resultat ändert auch nichts der Umstand, daß die Kl. die Pferde in gerichtlicher Auktion erstanden hat. Von dem früheren Preußischen Obertribunal ist vielmehr im Anschluß an die Vorschriften des A. L. R. Thl. I Tit. 20 § 445 zutreffend ausgeführt, daß der Eigenthumsübergang durch gerichtlichen Verkauf keine anderen Rechtswirkungen, als die durch Privatverkauf und Tradition eintretenden erzeugt, und daß also, wenn der Eigenthumswechsel allein das Pfandrecht an den Pertinenzen nicht aufhebt, dies auch nicht bei gerichtlich verkauften und auf dem verpfändeten Grundstücke verbliebenen Pertinenzen der Fall sein könne (vergl. Striethorst, Archiv, Bd. 80 S. 132). — Das frühere Preußische Obertribunal hat auf Grund der Vorschriften des A. L. R. und der Subhastationsordnung vom 15. März 1869 angenommen, daß kraft des Zuschlagsbescheides das Eigenthum an allen beweglichen, auf dem subhastirten Grundstücke befindlichen Sachen, welche objektiv, ihrer Natur nach, die Beschaffenheit von Zubehörstücken besitzen, auf den Ersteher übergeht, und hat an dieser Ansicht trotz der in der Doktrin dagegen erhobenen Bedenken konsequent festgehalten. Auch das R. G. ist in betreffs des früheren Rechts derselben beigetreten. Alle diese Entscheidungen stützen sich darauf, daß die Subhastation ein Kauf in Bausch und Bogen sei, und daß in Folge der für dieses Rechtsgeschäft geltenden Vorschriften die zur Zeit des Verkaufs vorhandenen Zubehörstücke mit zum Verkauf gestellt werden. Ein weiterer Grund ist aus der Bestimmung des § 13 Nr. 7 der Subhastationsordnung vom 15. März 1869 entnommen, indem die dort gebotene Aufforderung an alle diejenigen, welche Eigenthum oder andere Realrechte beanspruchen, diese Rechte zur Vermeidung der Präklusion im Versteigerungstermine geltend zu machen, auf das Eigenthum an den auf dem Grundstücke befindlichen Pertinenzen bezogen wurde. Dieser Auslegung des früheren Rechts ist beizustimmen. Eine Abweichung von der bisherigen Praxis würde sich nur rechtfertigen, wenn für dieselbe zwingende Gründe in dem neuen Gesetze vom 13. Juli 1883 zu finden wären. Das ist nicht der Fall. Wird eingehend begründet. V. C. S. i. S. Jaeckel c. Urbanowski, Romocki u. Comp. vom 29. Oktober 1887, Nr. 137/87 V.

103. Der Glaube des Grundbuchs hat seine Bedeutung darin, daß der in § 101 der Einleitung zum A. L. R. ausgesprochene allgemeine Rechtssatz: „Niemand kann dem Andern mehrere Rechte übertragen als er selbst besitzt", denjenigen gegenüber nicht zur Anwendung gelangt, welcher ein im Grundbuche eingetragenes Recht redlicher Weise gegen Entgelt erwirbt. Was im Grundbuche eingetragen ist, gilt im Interesse des Verkehrs zu Gunsten desjenigen, welcher daran glaubt, für wahr. Der im Grundbuche eingetragene Eigenthümer gilt für den wirklichen Eigenthümer, er kann deshalb Rechte an dem Grundstücke mit rechtlicher Wirkung einräumen, auch wenn er nach materiellem Recht nicht Eigenthümer des Grundstücks ist (E. E. G. § 9 Abs. 2). Die im Grundbuche eingetragene Hypothek gilt für rechtlich bestehend und es können auf dieselbe als solche Rechte erworben werden, auch wenn sie wegen man-

gelnden Schuldgrundes, sei es, daß ein Schuldverhältniß überhaupt nicht besteht, oder daß das bestandene gelöst worden, nicht wirksam ist (daselbst § 38 Abs. 2). Der eingetragene Gläubiger einer Hypothek gilt als verfügungsberechtigt, auch wenn ihm das Verfügungsrecht in Wirklichkeit nicht zusteht (daselbst § 38 Absatz 3). Der Glaube des Grundbuchs erstreckt sich aber nicht weiter, als der Inhalt desselben; es kann daher für dasjenige, was aus dem Grundbuche nicht ersichtlich ist, auch der öffentliche Glaube des Grundbuchs nicht in Anspruch genommen werden. So lange ein Recht nicht zur Eintragung gelangt ist, so lange also das Grundbuch über das Recht nichts ergiebt, kann von einem Glauben an das Grundbuch nicht die Rede sein; denn es giebt noch nichts, woran geglaubt werden könnte. Eine Durchbrechung des Grundsatzes des § 101 der Einleitung zum A. L. R. tritt erst mit der Eintragung des betreffenden Rechts im Grundbuche ein; erst mit diesem Zeitpunkte erlangen die Sätze über die Wirkung des Glaubens des Grundbuchs in Bezug auf das eingetragene Recht ihre Bedeutung. Ein Dritter im Sinne dieser Sätze ist deshalb auch nicht ein jeder, welcher dem Konstituenten des Rechts nicht als der unmittelbar berechtigte Vertragsgenosse gegenübersteht, sondern nur derjenige, welcher ein Recht auf ein für einen *Andern bereits eingetragenes* Recht erwirbt. Macht z. B. derjenige, welcher dem eingetragenen Eigenthümer ein Darlehn gegeben und von diesem die Bewilligung der Eintragung des Darlehns im Grundbuch erhalten hat, von der ihm ertheilten Befugniß zur Eintragung keinen Gebrauch, tritt vielmehr sein Gläubigerrecht mit dem durch die Eintragungsbewilligung erhaltenen Titel zum Pfandrecht ab, so ist der Erwerber, welcher das Darlehn demnächst zur Eintragung bringt, nicht ein Dritter im Sinne des § 38 Abs. 2 des E. E. G.; denn er erwirbt durch die Cession ein Recht nicht auf eine *Hypothek*, auf eine bereits für einen anderen Gläubiger eingetragene Forderung, sondern auf eine persönliche Forderung, welche erst nach ihrem Erwerb zur Hypothek wird. Auf ihn findet daher auch nicht die Bestimmung des § 38 Abs. 2 Anwendung, sondern er unterliegt der außerhalb der Grundbuchgesetze geltenden allgemeinen Bestimmungen: er muß sich nach § 407 Thl. I Tit. 11 des A. L. R. alle Einwendungen und Gegenforderungen entgegensetzen lassen, welche der Schuldner gegen den Cedenten rügen konnte, ohne Rücksicht darauf, ob sie im Grundbuch eingetragen stehen oder ihm bekannt gewesen sind oder nicht. Ebensowenig kann derselbe von der Bestimmung des § 38 Abs. 3 Gebrauch machen; denn einen eingetragenen Rechtsurheber im Sinne dieser Bestimmung hat er nicht, da vor ihm ein Gläubiger, von dem er die Hypothek hätte erwerben können, überhaupt noch nicht eingetragen war. Nicht anders verhält es sich mit der Vorrechtseinräumung. Wenn der eingetragene Gläubiger einer Hypothek dem Grundeigenthümer das Vorrecht für eine von ihm noch zu bestellende Hypothek einräumt, so besteht die sich hieraus ergebende Befugniß des Grundeigenthümers vorläufig nur außerhalb des Grundbuches und entbehrt der besonderen Wirkungen, welche die Eintragung im Grundbuche gewährt. So lange das Vorrecht im Grundbuche nicht eingetragen, also aus demselben nicht ersichtlich ist, fehlt es an einem Gegenstande, auf welchen sich der Glaube des Grundbuchs, wenigstens soweit das Vorrecht in Frage kommt, erstrecken könnte. Erst mit der Eintragung des Vorrechts beginnt der Glaube des Grundbuchs bezüglich desselben seine Wirkung zu äußern, und erst von diesem Zeitpunkte an existirt eine Person, welche als ein eingetragener Rechtsurheber in Betracht kommen kann. An und für sich ist es nun zwar von keinem Einfluß, in welcher Weise die Eintragung des Vorrechts erfolgt: ob zu der nachgestellten Post die von dem Inhaber derselben dem Grundeigenthümer eingeräumte Befugniß zur Bestellung einer bevorrechteten Hypothek vermerkt wird, oder ob das Vorrecht erst gleichzeitig mit der Hypothek, welche der Grundeigenthümer in Ausübung seiner Befugniß als die bevorrechtete bestellt, eingetragen wird. Von Bedeutung ist aber der Umstand, ob die Eintragung in der einen oder anderen Weise bewirkt worden, wenn es sich darum handelt, ob der Gläubiger der mit dem Vorrecht ausgestatteten Hypothek bezüglich des Vorrechts einen eingetragenen Rechtsurheber hat. Denn derjenige, welchem die vorbehaltene Hypothek nachträglich vom Grundeigenthümer mit dem bereits eingetragenen Vorrecht bestellt wird, findet in dem Eigenthümer in Bezug auf das ihm bewilligte Vorrecht bereits einen eingetragenen Rechtsurheber vor, während demjenigen, welchem die Hypothek mit dem bis dahin noch nicht eingetragenen Vorrecht bestellt wird, ein eingetragener Rechtsurheber fehlt. Die rechtlichen Folgen, welche in dem einen oder anderen Falle eintreten, ergeben sich daraus, daß beim Vorhandensein eines eingetragenen Rechtsurhebers die Bestimmung des § 38 Abs. 3 des E. E. G. zur Anwendung kommt, während, wenn es an dieser Voraussetzung fehlt, die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen, hier diejenigen des A. P. L. Anwendung finden müssen. V. C. S. i. S. Lindner c. Scholtz vom 8. Oktober 1887 Nr. 156/87 V.

104. Nach § 41 a. a. O. wird, wenn der Erwerber eines Grundstücks die auf demselben haftende Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen und der Gläubiger solchergestalt gegen den Erwerber die persönliche Klage erlangt hat, der Veräußerer von seiner persönlichen Verbindlichkeit frei, sofern nicht der Gläubiger innerhalb eines Jahres, nachdem ihm der Veräußerer die Schuldübernahme bekannt gemacht, die Hypothek dem Eigenthümer des Grundstücks kündigt, und binnen sechs Monaten nach der Fälligkeit einklagt. Die Anwendung dieser Vorschrift zu Gunsten des persönlichen Schuldners setzt, sowie das R. G. bereits in dem vom B. G. angezogenen Bd. 5 S. 329 ff. der Entscheidungen abgedruckten Erkenntnisse angenommen hat, voraus, daß die Hypothek innerhalb des dem Gläubiger zur Ausübung der Kündigungsbefugniß gegebenen Zeitraumes noch bestanden und daß, wenn der Gläubiger von der Kündigungsbefugniß Gebrauch gemacht, die Hypothek bis zum Eintritte der Fälligkeit und bis zum Ablaufe des dem Gläubiger zur Einklagung gegebenen Zeitraums fortbestanden hat. Die Bestimmung giebt dem Rechtsgedanken Ausdruck, daß, wenn der Gläubiger innerhalb der einjährigen Frist nicht kündigt oder innerhalb der nach herbeigeführter Fälligkeit der Forderung gegebener sechsmonatlichen Frist die Forderung nicht einklagt, anzunehmen sei, er wolle den Veräußerer der persönlichen Schuldverbindlichkeit entlassen. Sie ist also nicht anwendbar, wenn die Hypothek vor dem Ablauf des für die Ausübung der Kündigungsbefugniß gesetzten Zeitraums oder nach erfolgter Kündigung vor Eintritt des Fälligkeitszeitpunktes oder nach eingetretener Fälligkeit vor Ablauf des für die Ein-

klagung bestimmten sechsmonatlichen Zeitraumes infolge stattgehabten Zwangsverkaufs des verpfändeten Grundstücks zu bestehen aufgehört hat. Denn wenn der Untergang der persönlichen Schuldverbindlichkeit des Veräußerers die Folge des aus der unterbliebenen Kündigung oder aus der unterlassenen Einklagung zu entnehmenden Willensentschlusses, den Veräußerer der persönlichen Schuldverbindlichkeit zu entlassen, sein soll, so folgt, daß gegen den Gläubiger, dem zum Entschlusse darüber, ob er die Hypothek kündigen oder die gekündigte und fällige einklagen solle, die gesetzliche Frist nicht bleibt, weil die Hypothek innerhalb derselben zu bestehen aufgehört hat, die in Frage stehende Rechtswirkung des Ablaufes der einen oder der anderen Frist nicht eintreten kann. Das B. G. hat den hiernach aus dem § 41 a. a. O. sich ergebenden Rechtsgrundsatz jedoch unrichtig angewendet, indem es angenommen, daß dem Gläubiger zu seiner Entschließung, ob er den Veräußerer aus der Schuldverbindlichkeit entlassen wolle, immer eine Frist von einem Jahre sechs Monaten gegeben sei, und daß der innerhalb *dieser* Frist erfolgte Untergang des Hypothekenrechts den Untergang der persönlichen Schuldverbindlichkeit ausschließe. Im § 41 ist die Festsetzung einer Frist von einem Jahre sechs Monaten überall nicht enthalten. Es kommen vielmehr nach dieser Bestimmung drei Fristen in Frage: zuerst die einjährige Frist zur Kündigung, sodann die vertragsmäßige Zahlungsfrist von der Zeit der Kündigung an, endlich die sechsmonatliche Frist zur Einklagung. Die erste Frist bezieht sich auf die Kündigung dergestalt, daß, wenn innerhalb der Frist die Kündigung nicht erfolgt, obwohl sie rechtlich möglich ist, der Untergang der persönlichen Schuldverbindlichkeit des Veräußerers eintritt. Ist die Kündigung geschehen, so kann von dem Untergange der persönlichen Schuldverbindlichkeit erst mit dem Ablaufe der Zahlungsfrist und der zur Einklagung gegebenen sechsmonatlichen Frist, sofern innerhalb dieser letzteren Frist die Einklagung nicht eintritt, die Rede sein, vorausgesetzt, daß der Untergang der persönlichen Forderung nicht innerhalb der letzteren beiden Fristen durch den Untergang der Hypothek gehindert wird. Die vorstehenden Erwägungen bedingen die Annahme einer Rechtsnormenverletzung und machen die Aufhebung des B. U. erforderlich. Denn zwischen dem 19. Oktober 1880, an welchem Tage nach der Behauptung des Bekl. die Auflassung des Pfandgrundstücks erfolgt sein soll, und dem infolge der Versteigerung und des Zuschlages des Grundstücks eingetretenen Untergange der Hypothek liegt ein Zeitraum von mehr als einem Jahre, der also an sich größer ist, als der Zeitraum, welcher dem Gläubiger nach der Vorschrift des § 41 bleiben soll, um sich zu entscheiden, ob er durch Kündigung der Hypothek sich den persönlichen Anspruch an den Veräußerer erhalten will. Der Umstand, daß das Zwangsvollstreckungsverfahren bereits durch Gerichtsbeschluß vom 5. Oktober 1881, also vor dem Ablauf des einjährigen Zeitraumes von dem angegebenen Tage der Auflassung an, eingeleitet worden ist, erscheint nicht geeignet, das Kündigungserforderniß zu ersetzen. Denn obgleich im Zwangsverkaufsverfahren die auf dem zu verkaufenden Grundstücke haftenden Hypotheken fällig werden, so daß auch die Hypothekengläubiger, deren Forderungen nicht gekündigt sind, Anspruch auf Befriedigung aus den von dem Ersteher zu zahlenden Kaufgeldern haben, so liegt es doch nicht in der Macht des Hypothekengläubigers, der seine Forderung nicht gekündigt und sich die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung nicht verschafft hat, sich an dem Zwangsverkaufsverfahren zu betheiligen und dasselbe *unabhängig* von dem Willen der daran betheiligten Personen durchzuführen. Von diesem Gesichtspunkte aus kann dem Hypothekengläubiger, der sich den persönlichen Anspruch an den Veräußerer erhalten will, die Kündigung der Hypothekenpost innerhalb der einjährigen Frist des § 41 dadurch nicht erspart werden, daß auf Antrag eines anderen Gläubigers innerhalb jenes Zeitraumes das Zwangsverkaufsverfahren eingeleitet worden ist. Die vorstehenden Erwägungen führen dahin, den Hinweis der Rbkl. auf die durch die Einleitung des Zwangsverkaufsverfahrens bewirkte Beschlagnahme des Grundstücks ebenfalls für rechtlich bedeutungslos zu erachten. IV. C. S. i. S. Daniel c. von Heinrichs vom 21. November 1887 Nr. 192/87 IV.

105. Wenn auch Gegenstand der Einräumung der Priorität nach der konstanten Rechtsprechung der höchsten Gerichtshöfe (vergl. Entscheidungen des Ober-Tribunals Bd. 6 S. 359, Bd. 63 S. 187, Striethorst Archiv Bd. 89 S. 191; Entscheidungen des R. G. Bd. 16 S. 244) weder die Forderung, noch ein Bestandtheil der Forderung des zurücktretenden Gläubigers, noch die mit der Forderung verbundene Stelle im Grundbuche, sondern nur die obligatorische, durch die Eintragung der Prioritätscession auch für den dritten Inhaber der zurücktretenden Post bindend werdende Berechtigung ist, Befriedigung der vortretenden Forderung aus dem Kaufgelde des Pfandes an der dem Prioritätscedenten gebührenden Stelle der hypothekarischen Gläubigerordnung zu fordern: ja unterliegt es doch keinem Zweifel, daß die Prioritätscession sich als eine Verfügung über die Hypothek charakterisirt, indem sie für den Cedenten den Verzicht auf das wesentlichste Recht der Hypothek, an der durch die Eintragung gegebenen Stelle Befriedigung zu verlangen, in sich schließt. Ist der die Priorität einräumende eingetragene Gläubiger in der Verfügung über die zurückzustellende Hypothek beschränkt, so findet daher auch die Bestimmung des § 49 des E. E. G. Anwendung, nach welcher die Beschränkung gegen Dritte, welche ein Recht auf die Hypothek erwerben, nur dann Rechtswirkung erlangt, wenn sie im Grundbuch eingetragen oder dem Dritten bei Erwerb des Rechts bekannt war. Das B. G. schränkt die Anwendbarkeit des § 49 dadurch ein, daß es unter den Beschränkungen im Sinne des § 49 nur solche versteht die den Gläubiger gerade in der Verfügung über das *einzelne* Vermögensstück hindern, wie Arreste, Pfändungen, Veräußerungsverbote aus Testament und Vertrag, aber nicht diejenigen, welche sich aus natürlichen oder rechtlichen Zuständen des Gläubigers ergeben und ihn in der Verfügung über sein *ganzes* Vermögen beschränken. Es kann dahin gestellt bleiben, ob diese Unterscheidung begründet ist; denn, mag man die Vorschriften des A. L. R. oder den § 49 des E. E. G. zur Anwendung bringen, das Resultat ist nach der Sachlage in gegenwärtigem Rechtsstreit das gleiche. Vorausgesetzt, daß die Beschränkung der Prioritätscedentin, die Eigenschaft derselben als Ehefrau, die Unwirksamkeit der Prioritätscession zur Folge hat — was später zu erörtern sein wird —, so führt die Anwendung der Vorschriften des A. L. R. und des § 49 l. c. ebenmäßig dahin, daß diese Beschränkung Wirkung gegen den Bekl. als Dritten hat. Die Eintragung einer Beschränkung im Grundbuche kann entweder in der Weise erfolgen, daß sich die Wirkung der Be-

schränkung unmittelbar aus dem Vermerke im Grundbuche ergiebt, oder daß ein Rechtsverhältniß zur Eintragung gelangt, aus welchem nothwendig eine Einschränkung des eingetragenen Berechtigten in seiner Verfügung folgt. Die Wirkung beider Eintragungsarten ist gleich. Aus der eingetragenen Thatsache, daß ein bestimmtes Rechtsverhältniß besteht, ergeben sich von selbst die nach den Gesetzen aus diesem Rechtsverhältniße fließenden Folgen. Da diese ein Jeder kennen muß (Einleitung zum A. L. R. § 12), so ist rechtlich in der Kenntniß des Bestehens des Rechtsverhältnisses auch das Bekanntsein mit den daraus folgenden Verfügungsbeschränkungen enthalten. (Vrgl. Urtheil des V. C. S. des R. G. vom $\frac{\text{22. Januar}}{\text{16. Februar}}$ 1887. Juristische Wochenschrift 1887 S. 126, und die dort angezogenen Urtheile des Ober-Tribunals und des R. G.) Ist also eine Ehefrau als Gläubigerin eingetragen, so gelten damit auch die Beschränkungen als eingetragen, welchen die Gläubigerin in ihrer Eigenschaft als Ehefrau unterliegt; und die Rechte, welche einem Dritten von der Ehefrau allein auf ihre Hypothek eingeräumt werden, haben Wirkung nur soweit, als diese Beschränkungen nicht entgegenstehen. Unbestritten ist die Ehefrau als Gläubigerin der Hypothek Nr. 12, deren Vorrecht dem Bekl. eingeräumt worden, eingetragen. Der Bekl. hat demnach das Vorrecht der Post Nr. 12 für seine nachstehenden Hypotheken mit den Beschränkungen erworben, welchen die Ehefrau S. als solche unterlag. Zu demselben Ergebnisse gelangt man, wenn der § 49 des E. E. G. außer Anwendung gelassen wird, nach den Bestimmungen des A. L. R. Th. I Tit. 5 §§ 9 fg. Danach ist der mit einem Unfähigen geschlossene Vertrag, ohne daß die Voraussetzungen des § 49 des E. E. G. zur Berücksichtigung gelangen, unverbindlich. Ein solcher Vertrag wird auch nicht dadurch verbindlich, daß der Unfähige seinen Vertragsgenossen zur Schließung des Vertrages verleitet hat; vielmehr erwächst dem Vertragsgenossen, welcher seinerseits Erkundigung über die Fähigkeit beziehungsweise Unfähigkeit seines Mitkontrahenten gehörig angestellt hat, aus der Arglist des letzteren nur ein besonderer und als solcher geltend zu machender Anspruch auf Schadloshaltung aus dem Vermögen des Unfähigen. (A. L. R. Thl. I Tit. 5 §§ 31—33.) Siehe Entsch. bei voriger Nummer.

106. Die zu entscheidende Frage stellt sich dahin: Erlangt die für eine Scheinforderung bestellte Hypothek Rechtsbeständigkeit, wenn der Cessionar des eingetragenen Gläubigers dem Schuldner die Darlehnsvaluta nachträglich zahlt, und letzterer die Gültigkeit der Hypothek dem Zahlenden gegenüber anerkennt? Die Frage ist zu bejahen. Das R. G. hat bereits in einem früheren Urtheil (vom 25. April 1885 in Sachen Cohn c. Weißer, V. 48/85, abgedruckt in Gruchot, Beiträge, Bd. 29 S. 962) ausgesprochen, daß zwar die Hypothek des Preußischen Rechts auch nach den Gesetzen vom 5. Mai 1872 ihren akzessorischen Charakter bewahrt hat, so daß sie zu ihrer Entstehung eine Forderung, für deren Sicherheit sie haftet, voraussetzt; daß aber die zur Zeit der Eintragung noch mangelnde Begründung der Schuldverbindlichkeit die Entstehung einer gültigen Hypothek nicht schlechthin hindert; daß vielmehr, wenn jene Verbindlichkeit später in zulässiger Weise während noch unverminderter Dispositionsbefugniß des Grundeigenthümers begründet wird, eine gültige Hypothek mit rückwirkender Kraft entsteht. Dieser Rechtsgrundsatz steht in Einklang mit der Vorschrift des A. L. R. Th. I. Tit. 20 § 13, wonach, wenn eine von Anfang an ungültige Forderung in der Folge zu Recht beständig wird, die dafür bestellte Sicherheit von Zeit der Bestellung an ihre volle Kraft erlangt. — Das R. G. hat ferner in einem, dem vorliegenden ähnlichen Falle, wo der Grundstückseigenthümer erklärt hatte, daß eine wegen Mangels der Forderung ungültige, von dem eingetragenen Gläubiger weiter cedirte Hypothek für eine Forderung des Cessionars an ihn — den Schuldner — haften solle, ausgeführt, daß die Einrede der Ungültigkeit der Hypothek dolos, und deshalb verwerflich sei. (Urtheil vom 24. April 1885 in Sachen Bahne c. Budestedt. III. 15/85.) V. C. S. i. S. Preuß. Hyp. Akt. B. c. von Bonin-Lupow Konkurs vom 3. Dezember 1887 Nr. 220/87 V.

Zum Enteignungs- und j. g. Fluchtliniengesetz.

107. Das Gesetz vom 11. Juni 1874 bestimmt im § 8, daß bei der Enteignung des Theiles eines Grundstückes die Entschädigung zugleich den Mehrwerth, welchen der abzutretende Theil durch seinen Zusammenhang mit dem Ganzen hat, sowie den Minderwerth, welcher für den übrigen Grundbesitz durch die Abtretung entsteht, umfassen soll; und ferner im § 10, daß die Wertherhöhung, welche das abzutretende Grundstück erst in Folge der neuen Anlage erhält, bei der Bemessung der Entschädigung nicht in Anschlag kommt. Eine Vorschrift, wonach die Wertherhöhung, welche für das Restgrundstück in Folge der neuen Anlage eintritt, zu Gunsten des Unternehmers Berücksichtigung finden soll, ist in dem Gesetze nicht enthalten. Die Entstehungsgeschichte desselben ergiebt, daß zwar von dem Herrenhause bei einer früheren Vorlage des Gesetzes der Versuch gemacht ist, den Mehrwerth des Restgrundstücks als Kompensationsobjekt zuzulassen. Dem gegenüber haben aber sowohl die Staatsregierung, als das Abgeordnetenhaus hervorgehoben, ein derartiger dem Enteigneten gemachter Abzug sei ungerecht, widerstrebe der Verfassung und führe möglicher Weise zu einer unentgeltlichen Abtretung des Theiles, während bei der Enteignung des ganzen Grundstücks stets der volle Werth gezahlt werden müsse. Nach diesen Vorgängen läßt sich nicht annehmen, daß eine Berücksichtigung des Mehrwerthes des Restgrundstückes der Intention des Gesetzgebers entspricht, und noch weniger, daß dieselbe im Gesetze Ausdruck gefunden hat. (Vgl. Bähr und Langerhans, das Gesetz über die Enteignung von Grundeigenthum S. 43 bis 48). Allgemeine Rechtsgrundsätze, aus welchen die Berücksichtigung der Wertherhöhung herzuleiten wäre, lassen sich ebenfalls nicht entdecken. Als Regel ist davon auszugehen, daß Niemand verpflichtet ist, den Vortheil herauszugeben, welcher ihm aus der Thätigkeit oder dem Unternehmen eines Anderen erwächst. Neue Anlagen können Vortheile und Nachtheile für die benachbarten Grundstücksbesitzer herbeiführen, erzeugen aber für letztere weder die Verpflichtung, dem Unternehmer die Vortheile zu vergüten, noch (soweit es sich nicht um Eingriffe in das Eigenthum handelt) das Recht wegen der Nachtheile Entschädigung zu verlangen. Dieser Rechtsgrundsatz muß jedenfalls Anwendung finden, soweit es sich um Vortheile handelt, welche gleichmäßig für alle benachbarte Grundstücke eintreten. Ob in dem nach der Feststellung des B. R. nicht

vorliegenden Falle, daß die Enteignung des Theiles besondere Vortheile gerade für das Restgrundstück allein mit sich bringt, eine Anrechnung derselben auf den beanspruchten Minderwerth des Restgrundstücks statthaft sein würde, bedarf hier keiner Entscheidung. Der Vorwurf, daß der B. R. im gegebenen Falle gegen Rechtsgrundsätze verstoßen habe, erscheint sonach unbegründet. V. C. S. i. S. Stadt Breslau c. Verein christlicher Kaufleute vom 9. November 1887 Nr. 192/87 V.

108. Der § 31 des Enteign. Ges. lautet: „Wegen solcher nachtheiligen Folgen der Enteignung, welche erst nach dem im § 25 gedachten Termine erkennbar werden, bleibt dem Entschädigungs-Berechtigten bis zum Ablauf von drei Jahren nach Ausführung des Theiles der Anlage, durch welche er benachtheiligt wird, ein im Rechtswege verfolgbarer persönlicher Anspruch gegen den Unternehmer." Es wird also hier für die Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen aus der Enteignung unter der im Eingange angegebenen Voraussetzung eine neue Frist eröffnet, deren Anfangspunkt durch die Worte: „nach Ausführung des Theiles der Anlage", rc. bestimmt wird. Die Rechtsverfolgung soll also zulässig sein während dreier Jahre, nachdem die nachträglich als schädlich sich erweisende Anlage in dem (auf das von der Theilenteignung betroffene Grundstück) bezüglichen Theile ausgeführt worden ist. Es fällt sonach der Beginn der Frist zusammen mit dem Abschluß derjenigen Thätigkeit, welche das Gesetz als Ausführung der Anlage bezeichnet, d. h. mit Vollendung der Anlage selbst. Von der Ausführung (Herstellung) der zu dem Unternehmen erforderlichen Anlagen ist aber die Benutzung der letzteren zu dem dem Unternehmen zu Grunde liegenden Zweck wohl zu unterscheiden. Erstere (die Ausführung) muß vorangehen, ehe letztere (die Benutzung) eintreten kann. Die Vollendung der Ausführung und der Beginn der Benutzung (des Betriebs) braucht nicht auf denselben Zeitpunkt zu fallen, vielmehr kann und wird in der Regel beides mehr oder minder zeitlich auseinander fallen. In § 31 ist aber lediglich von der Ausführung der Anlage nicht von deren Benutzung die Rede, und es fehlt jeder Anhalt die den Anfang der Verjährungsfrist fixirende Zeitbestimmung: „nach der Ausführung (des Theiles) der Anlage" sinngemäß auf etwas davon Verschiedenes, nämlich auf die Ingebrauchnahme derselben, insbesondere die Betriebseröffnung einer Eisenbahn zu beziehen. Denn wollte man dem Ausdruck: „Anlage" mit dem Kl. eine so weite Bedeutung beilegen, daß er auch das rollende Material der Eisenbahn umfaßt, so steht dem für die Anwendung des § 31 entgegen, daß hier von der Ausführung der Anlage die Rede ist, was auf das rollende Material schlechterdings nicht paßt, man müßte denn darunter die Anschaffung, die Fertigstellung des Betriebsmaterials verstehen, welche wiederum jeder Beziehung zu den einzelnen von der Enteignung betroffenen Grundstücken entbehrt und sich nicht in Theile, wie § 31 voraussetzt, zerlegen läßt. Wird noch weiter begründet. V. C. S. i. S. Lexow c. Fiskus vom 12. November 1887 Nr. 195/87 V.

109. Es muß anerkannt werden, daß die fragliche Werthverminderung der Restgrundstücke aus der Enteignung entsprungen ist. Zwar ist sie keine unmittelbare Folge des Enteignungsaktes selber, wohl aber ist sie eine Wirkung des Unternehmens, für welches die Enteignung erfolgt ist, nämlich der Straßenanlage, und daß zu dem Begriff der nach dem Enteignungsgesetz vom 11. Juni 1874 zu gewährenden vollen Entschädigung auch die Vergütung derjenigen Nachtheile gehört, welche durch Ausführung des mit der Enteignung bezweckten Unternehmens entstehen, ist bereits wiederholt in der Rechtsprechung des R. G. anerkannt worden. Es genügt, in dieser Beziehung auf die abgedruckten Urtheile in den Entscheidungen Bd. 7 Nr. 73 S. 262, Nr. 74 S. 266, und Bd. 13 Nr. 57 S. 244 zu verweisen. Der B. R. ist freilich der Ansicht, daß nicht die Straßenanlage Ursache des vom Kl. geltend gemachten Schadens sei, nicht schon diese Anlage, sondern erst der Umstand führe den Schaden herbei: daß das Gesetz vom 2. Juli 1875 der beklagten Stadtgemeinde die Ermächtigung zur ortsstatutarischen Einführung der nicht allein die enteigneten, sondern sämmtliche an der neuen Straße bauenden Anlieger treffenden Verpflichtung zur Erstattung der Anlagekosten ertheile, die Bekl. von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht habe, und nun weiter der Kl. oder ein Rechtsnachfolger desselben den seinem eigenen Belieben anheimgestellten Entschluß fasse, an der Straße zu bauen und sich dadurch jene Erstattungspflicht aufzuladen. Allein, daß es nicht noch des letztgedachten Entschlusses des Anliegers, zu bauen, bedarf, um die Werthverringerung seines angrenzenden Bauplatzes herbeizuführen, ergiebt sich aus der Wahrnehmung, daß schon vorher der Verkaufswerth solcher Bauplätze sich unter Berücksichtigung der für den Fall der Bebauung eintretenden Belastung mit den Straßenanlagekosten zu reguliren pflegt. Und auch im Uebrigen treffen die Erwägungen des B. R. nicht zu. Der Erlaß des Gesetzes vom 2. Juli 1875 und des Hallenser Ortsstatuts vom 6./27 März 1883 blieben auf den Werth des klägerischen Grundstücks ohne Einfluß; erst die Straßenanlage der beklagten Stadtgemeinde unterwarf das Grundstück der in dem Gesetz und in dem Statut vorgesehenen Belastung und versetzte den Grundstücksbesitzer in die Zwangslage, die Anlagekosten zu übernehmen und nicht auf die freie Verfügung über sein Eigenthum, auch zu Bauzwecken, zu verzichten. Daß aber gerade diese Grundstücke des Kl., und nicht andere Grundstücke und andere Personen von dem Nachtheil betroffen werden, ist wiederum eine Folge der gegen das Grundstück des Kl. ins Werk gesetzten Enteignung, ohne welche von diesem Grundstück nicht zu beiden Seiten der Straße ein Rest liegen geblieben wäre. Die bloße Möglichkeit, daß der Kl. auch bei einer Enteignung des an sein Grundstück angrenzenden Landstreifens Anlieger an der einen Seite der Straße hätte werden können, vermag die Thatsache nicht zu beseitigen, daß dies eben nicht geschehen, sondern der Straßenkörper von dem Grundstück des Kl. enteignet worden ist. Eine andere Frage jedoch, welche mit dem B. R. zu verneinen ist, ist die: ob für den in Frage stehenden Nachtheil eine Entschädigung geleistet werden müsse? Die Entscheidung hierüber ist nicht unmittelbar aus dem Enteignungsgesetz vom 11. Juni 1874, sondern aus dem Gesetz vom 2. Juli 1875, welches darüber für sein Anwendungsbereich besondere Bestimmungen enthält, zu gewinnen. Es ist nun allerdings in dem § 13 des letztgedachten Gesetzes, welcher abweichend von dem Enteignungsgesetz eine Entschädigung nur für genau bestimmte Fälle der Entziehung oder Beschränkung von Grundeigenthum zu Zwecken der Anlegung oder Umänderung von Straßen und Plätzen gewährt, namentlich für

den Fall eine Entschädigungspflicht ausgesprochen: wenn die zu Straßen und Plätzen bestimmten Grundflächen auf Verlangen der Gemeinde für den öffentlichen Verkehr abgetreten werden, — welcher Fall hier vorliegt. Auch ist aus früheren Entscheidungen des R. G. (vgl. Bd. 2 Nr. 75 S. 279; Bd. 18 Nr. 61 S. 238), anzunehmen, daß sich die Art und Höhe der zu gewährenden Entschädigung nach den darüber im Enteignungsgesetz aufgestellten, in den §§ 13, 14 des Gesetzes vom 2. Juli 1875 in Bezug genommenen Grundsätzen zu richten hat, — jedoch nur insoweit nicht auch in dieser Beziehung das Gesetz von 1875 Abweichungen einführt, welchen nach der Bestimmung in § 19 Absatz 1 desselben der Vorrang vor entgegenstehenden allgemeinen oder besonderen gesetzlichen Vorschriften gebührt. Eine solche abweichende Anordnung ist nun aber in dem § 15 des Gesetzes von 1875 zu erblicken, welcher den Gemeinden das Recht verleiht, durch Ortsstatut festzusetzen, daß die dort näher bezeichneten Anlage- und Unterhaltungskosten, zu denen auch die in den „Freilegungskosten" einbegriffenen Kosten des Grunderwerbs gehören, von dem Unternehmer der neuen Anlage bezw. den an der neuen Straße Gebäude errichtenden Anliegern beschafft werden sollen. Wie sich aus der Nebeneinanderstellung des Unternehmers und der angrenzenden Eigenthümer ergiebt, macht das Gesetz hierbei keinen Unterschied zwischen dem Fall, wenn die Anlegung der Straße ein Privatunternehmen, und demjenigen, wenn es ein Unternehmen der Gemeinde ist; es macht aber auch innerhalb des letzteren Falls keinen Unterschied je nachdem die angrenzenden Eigenthümer zum Zweck der Anlage enteignet worden sind oder nicht. Dies bestreitet auch der Kl. nicht, er erkennt vielmehr an, wie dies auch bereits vom Oberverwaltungsgericht ihm gegenüber in dem Urtheil vom 21. Januar 1887 ausgesprochen worden ist: daß die beklagte Stadtgemeinde berechtigt war, die Kosten der Straßenanlage von ihm einzuziehen soweit dieselben auf den von ihm bereits bebauten Theil seiner Restgrundstücke entfielen. Seine Ansicht aber, auf dem Umwege einer Expropriationsentschädigung für diese Kostenerstattungspflicht wiederum von derselben im Effekt befreit werden zu müssen, führt zu der Konsequenz, entweder, daß auch diese Expropriationsentschädigung von ihm bezw. seinen Rechtsnachfolgern wieder eingezogen wird, oder wenn dies nicht angänglich wäre, was hier dahingestellt bleiben kann, daß die vom Gesetz angeordnete Kosteneinziehung einer bestimmten Klasse von Anliegern gegenüber nicht wirksam durchgeführt werden kann. Mit der Annahme, daß der enteignete Anlieger für seine Beitragspflicht zu den Anlagekosten entschädigt werden müsse, ist also die Vorschrift des § 15 schon ihrer Fassung nach nicht verträglich. Ebensowenig aber auch der gesetzgeberischen Absicht nach, mit welcher sie erlassen wurde. Wie schon vom B. R. betont worden ist, ließ sich der Gesetzgeber zur Einräumung des Anspruchs auf Abhaltung bezw. Erstattung der fraglichen Kosten an die Gemeinden durch die Erwägung bestimmen, daß die Gemeinden von den immer mehr anschwellenden Kosten aus Straßenanlagen entlastet werden müßten und zwar, wo nicht ein Privatunternehmer ins Mittel trete, zu Ungunsten der angrenzenden Eigenthümer als derjenigen, welche der Vermuthung nach aus den neuen Anlagen einen besonderen Vortheil ziehen würden. Darum wurde auch für den Fall die ortsstatutarische Abwälzung dieser Kosten auf die Anlieger zugelassen, wenn die Gemeinde selbst, ohne und vielleicht gar wider den Wunsch der Anlieger, die neue Anlage durchführt. Diese Absicht würde im Wesentlichen vereitelt, wenn die Gemeinden sich die Möglichkeit einer Heranziehung der enteigneten Anlieger durch eine entsprechende Entschädigung derselben erst erkaufen müßten; denn da die Anlegung und Veränderung von Straßen und Plätzen in den weitaus meisten Fällen nur Hand in Hand mit vorzunehmenden Enteignungen durchführbar ist, würde die Gemeinde solchen Falls auf eine Erleichterung in den entstehenden Kosten nur in den seltenen Fällen rechnen können, wenn entweder der zu verwendende Grund und Boden schon Gemeindeeigenthum ist, oder die Enteignung längs der Grenze eines anstoßenden Privateigenthums erfolgt, in welch' letzterem Fall übrigens nur die Anlieger an der einen Seite der Straße, also nur zur Hälfte, zur Erstattung der Kosten würden angehalten werden können. Einen solchen Mißerfolg des für die Ausführung seiner Absicht gewählten Mittels kann der Gesetzgeber nicht gewollt haben. Es fehlt auch an jedem Grunde für die von dem Kl. befürwortete ungleiche Behandlung der angrenzenden Eigenthümer, je nachdem ihnen für die neue Anlage Land abgenommen worden ist oder nicht; denn für den nicht enteigneten Anlieger wiegt die Verpflichtung zur antheiligen Bezahlung des einem Andern enteigneten Landes und der übrigen Anlagekosten ebenso schwer wie für den enteigneten Anlieger die antheilige Wiederherausgabe der Enteignungsentschädigung und sein antheiliger Beitrag zu den sonstigen Kosten. Auf beide Klassen von Anliegern trifft vielmehr der vom Gesetzgeber der Gemeinde angewiesene Standpunkt eines in vermuthbaren besonderen Interesse der angrenzenden Eigenthümer thätig werdenden Geschäftsführers in gleichem Maß zu, und für beide Klassen kann auch in einzelnen Fällen ein — für die Anwendung des Gesetzes unerhebliches — Fehlschlagen jener Vermuthung eintreten. V. C. S. i. S. Werther c. Stadt Halle, vom 12. November 1887 Nr. 194/87 V.

Zum Gesetz über die Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen vom 12. Juli 1875.

110. Wenn nach § 2 des Gesetzes vom 12. Juli 1875 Minderjährige, welche das 7. Lebensjahr vollendet haben, ohne Genehmigung des Vaters, Vormundes oder Pflegers nicht fähig sind, durch Rechtsgeschäfte Verbindlichkeiten zu übernehmen oder Rechte aufzugeben, so folgt daraus, daß mit dieser Genehmigung Rechtsgeschäfte der fraglichen Art von dem Minderjährigen eingegangen werden können, der Minderjährige also der Kontrahent ist und von ihm die Formen des Rechtsgeschäfts zu erfüllen sind. Damit ist dann aber auch den Formvorschriften Genüge geleistet; für die Genehmigung selbst, welche auch für einen ganzen Kreis von Geschäften ertheilt werden kann (§§ 5, 6 des angeführten Gesetzes) ist die Beobachtung der zur Gültigkeit des einzelnen Geschäfts erforderlichen Form nicht vorgeschrieben (vergl. Eccius, Pr. P. R. Bd. 1 S. 140, 419, Dernburg-Schultzenstein, Vormundschaftsrecht § 42 S. 169). V. C. S. i. S. Satz c. Preuß vom 19. November 1887, Nr. 206/87 V.

VIII. **Das Französische Recht (Badische Landrecht).**

111. Das O. L. G. hat die Klage auf Anerkennung des ehelichen Standes eines Kindes des Bekl. aus seiner wegen fehlenden Consenses für ungültig erklärten Ehe mit Maria S.

abgewiesen, weil es den Beweis des guten Glaubens nicht einmal in Betreff der Maria S. für geführt erachtete, welches Ergebniß namentlich durch den Satz begründet wird: es sei jedenfalls nicht erwiesen, daß die Verlobten in der **Ueberzeugung** handelten, daß die in Amerika geschlossene Ehe ohne den Consens des Vaters des Bekl. nunmehr auch in ihrer Heimath, dem Großherzogthum Baden, als eine rechtsgültige angesehen werden müsse. Mit der Forderung einer **solchen Ueberzeugung** geht aber das O. L. G. zu weit. Für die Annahme des guten Glaubens genügt es, wenn die Verlobten sich in **Unkenntniß** darüber befunden haben, daß das gesetzliche Erforderniß der Einwilligung des Vaters des Bekl., dessen Mangel dem Abschluß der Ehe **in Baden** entgegengestanden hatte, auch noch für die in **Philadelphia** beabsichtigte Eheschließung, ungeachtet der zuständige Geistliche, ohne den Nachweis der väterlichen Einwilligung zu fordern, die Trauung vornahm, Geltung habe. Mögen sie in der Absicht gehandelt haben, den Abschluß der ihnen in der Heimath untersagten Ehe gegen den Willen des Vaters des Bekl. im Auslande durchzusetzen, so hat die Ausführung dieses Vorhabens für die Ehefrau die schwere Folge gehabt, daß die Ehe auf Klage des Vaters des Bekl. für ungültig erklärt worden ist, allein die von dem Gesetze (L. R. S. 201, 202) geforderte **Gutgläubigkeit in Beziehung auf den rechtlichen Bestand der Ehe** kann gleichwohl vorhanden gewesen sein. Zur Unterscheidung zwischen bloßem Irrthum über die Ungültigkeit und einer positiven Ueberzeugung, daß die Ehe insbesondere auch in Baden Geltung haben werde, ist aber hier umsomehr Grund vorhanden, als es sich um dem Verständniß des Laien ferner liegende Grundsätze des sogenannten internationalen Privatrechts, nämlich um die Unterstellung der im fernen Auslande geschlossenen Ehe unter die Satzungen des der Staatsangehörigkeit der Eheleute entsprechenden Badischen Rechts handelt, deren etwaige völlige Unkenntniß der irrigen Meinung Raum geben konnte, daß die in Amerika vollzogene Trauung zu einer gültigen Ehe führen werde. Daß der Maria S. **hierüber** solche Zweifel aufgestiegen seien, welche, wenn sie nicht beseitigt wurden, ihre Gutgläubigkeit verhindert hätten, ist in den Gründen des angefochtenen Urtheils nicht ausgesprochen. Es ist daher rechtsirrthümlich, wenn zur Annahme einer Putativehe im gegebenen Falle **mehr** als der Beweis der **Unkenntniß** des in Frage stehenden Ehehindernisses verlangt wurde. II. C. S. i. S. Gundt c. Gundt vom 15. November 1887 Nr. 175/87 II.

112. Im angefochtenen Urtheile wird auf Grund des Gutachtens der Sachverständigen thatsächlich festgestellt, daß die **Entstehung** der Risse in den Mauern **nicht** auf den Eisenbahnbetrieb zurückzuführen sei; dagegen wird nicht untersucht, und daher die Möglichkeit offengelassen, daß die **Erweiterung** der Risse durch die Erschütterungen des Bahnbetriebes bewirkt sein könne. In dieser Hinsicht beruht die Entscheidung auf dem rechtlichen Grunde, daß nach den Grundsätzen des Nachbarrechts eine Entschädigung **nicht** begehrt werden könne, soweit durch das Fahren der Eisenbahnzüge bei **ordnungsmäßigem** Betriebe unvermeidliche Nachtheile für die neben dem Geleise gelegenen Häuser entstehen. Diese rechtliche Erwägung, welche folgeweise auch zur Abweisung des Schadensersatzanspruchs für Entstehung der Risse, für gänzliche Entwerthung des Eigenthums führte, verletzt die betreffs des Nachbarrechts geltenden Rechtsgrundsätze. Diese beschränken den freien, rücksichtslosen Gebrauch des **Eigenthums**, die Regel: „qui jure suo utitur neminem laedit“, indem anerkannt wird, daß Niemand mittelbare Eingriffe von Seiten seiner Nachbarn zu dulden habe, welche entweder der Person oder der Sache **schaden** oder die Person in einer das gewöhnliche Maß des Erträglichen überschreitenden Weise belästigen. Vgl. Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts VI S. 128; **Seuffert** Arch. XXXI Nr. 312, XXXII Nr. 18, XXXIII Nr. 4. Nicht darauf kommt es also an, ob der **Gewerbebetrieb** in Folge dessen der Schaden zugefügt worden, ordnungsmäßig geführt worden sei, sondern darauf, ob der Uebergriff oder das **Eingreifen in das Eigenthum** des Kl. von diesem geduldet werden mußte. Der Anspruch auf Schadensersatz ist, wie auch im § 26 der Gewerbeordnung anerkannt wird, begründet, sobald der Gewerbebetrieb ein solches Eingreifen in die Rechtssphäre des Nachbars bewirkt, welches dieser zu dulden nicht verbunden ist, wenngleich beim Betriebe die für denselben maßgebenden technischen Vorschriften befolgt und die gebotenen oder möglichen Vorsichtsmaßregeln eingehalten worden sind. Wäre, wie das B. G. annimmt, nur entscheidend, ob das Gewerbe ordnungsmäßig betrieben worden sei, so würden die Verurtheilungen zum Schadensersatze wegen Belästigung oder Beschädigung durch Rauch und Ruß (z. B. Urtheil des R. G. vom 20. November 1886, Puchelt, Zeitschrift XVIII S. 279), wegen Beschädigung durch herüberspr̈ühende Funken, durch den Fabrikbetrieb (vgl. Seuffert, Arch. XII Nr. 124, XIII Nr. 235, XIV Nr. 208, XV 2, XXXVIII Nr. 6) in den meisten Fällen der thatsächlichen Grundlage entbehren. Nach diesen Grundsätzen vom Nachbarrechte, welche, wie das R. G. wiederholt entschieden hat (z. B. Puchelt, Zeitschrift XV S. 380), auch für das rheinische Recht gelten, hatte das B. G. zu prüfen, ob **ungeachtet** des ordnungsmäßigen Bahnbetriebes durch denselben dem Eigenthum des Kl. ein Schaden zugefügt worden sei, welchen — als Verletzung seines Eigenthums — er vom Nachbar zu dulden nicht verpflichtet ist. Wenngleich der Bahnbetrieb wegen solcher beschädigender Folgen nicht verboten werden kann, wie dies auch bei concessionirten Gewerben nach § 26 der Gewerbeordnung der Fall, so ist deshalb der Nachbar, welcher durch den Gewerbebetrieb in einer solchen Weise geschädigt wird, welche er sich nicht gefallen zu lassen hat, doch keineswegs rechtlos, sondern es gebührt ihm Ersatz des Schadens und zwar gerade, weil die Fortsetzung des schädigenden Betriebes nicht verhindert werden kann, sowohl des bereits entstandenen als auch des in Zukunft entstehenden Schadens. Diesen fordert er auf Grund der Art. **1382** fg. des B. G. B. und nach diesen genügt, daß der Schaden in Kenntniß, im Bewußtsein davon zugefügt worden sei, daß derselbe durch den, wenn auch ordnungsmäßigen, Betrieb des Gewerbes entstehen könne; denn, weil nur der Eingriff in das Eigenthum in Betracht kommt, welchen ein Eigenthümer vom Nachbar nicht zu dulden hat, gleichgiltig, ob des Letzteren Thun an sich (als Gewerbebetrieb) ein ordnungsmäßiges ist oder nicht, so ist auch der ordnungsmäßige Gewerbebetrieb im Bewußtsein, daß er einen Schaden oder eine Belästigung der angegebenen Art herbeiführen könne, als unrechte That aufzufassen

II. C. S. i. S. Link c. Reichsfiskus vom 9. Dezember 1887, Nr. 206/87 II.

113. Das B. G. B. giebt zwar keine Begriffsbestimmung von den einzelnen Arten der Aufwendungen, es macht aber von der Unterscheidung derselben in impensae necessariae, utiles und voluptuariae in mehreren Fällen Anwendung und folgt darin seiner Quelle, dem römischen Rechte. Hiernach sind nothwendige Aufwendungen diejenigen, quae si non factae sunt, res peritura aut deterior futura sit (Z. 79 D. de V. S.) Hiernach kommt es auf das subjektive Bedürfniß der jeweiligen Besitzer nicht an. Der Umbau der Scheune zum Wohnhause war zur Erhaltung des Gebäudes nicht erforderlich, sondern diente nur dem Bedürfnisse der Eigenthümer, die Aufwendungen waren daher keine nothwendigen, sondern nur nützliche, da sie lediglich die Ertragsfähigkeit des Bauwerks erhöhten. II. C. S. i. S. Kiefer c. Kiefer vom 6. Dezember 1887, Nr. 204/87 II.

114. Den Ausführungen des O. L. G. ist darin beizutreten, daß die Klage auf Erbabsonderung nicht gegen die Gläubiger der Erben erhoben werden müsse, daß sie vielmehr auch gegen die Erben zulässig sei. Dafür sprechen die im angefochtenen Urtheil entwickelten Gründe. Der Art. 878 giebt mit den Worten „contre tout créancier“ keine Vorschrift betreffs der Person des Bekl., sondern bezeichnet nur die Wirkung der Separation gegen die Gläubiger. Daraus aber, daß das Urtheil auf Separation vorzugsweise gegen die Gläubiger des Erben seine Wirkung äußert, folgt nicht, daß dieselbe nicht durch Klage gegen den Erben herbeigeführt werden könne, vielmehr ist es die Regel, daß die gegen einen Schuldner ergangenen Verurtheilungen in ihren Folgen dessen Gläubiger treffen, wie namentlich, wenn gegen den Schuldner ein Unterpfands- oder Vorzugsrecht festgestellt oder eine Gütertrennung (Art. 1443 des B. G. B.) erkannt worden ist. Dazu kommt, daß die Art. 878 ff. dem römischen Rechte entnommen sind, daß aber im älteren römischen Rechte nur ein Dekret des Prätor (in Frankreich früher lettres de chancellerie) erwirkt zu werden brauchte und die gemeinrechtliche Praxis unbeanstandet die Klage gegen den Erben zuläßt. (Seuffert Archiv 11 Nr. 312; XII Nr. 173; XV Nr. 37.) Zutreffend hat auch das O. L. G. die Mißstände hervorgehoben, welche eintreten müßten, wenn den Gläubigern des Nachlasses die Gläubiger des Erben erst nach 3 Jahren (Art. 880 B. G. B.) bekannt würden oder, wenn der Erbe erst nach Ablauf dieser Zeit Schulden kontrahiren würde, Mißstände, welche durch die Ausführungen von Aubry und Rau § 619 Anmerk. 16 ihre Bedeutung nicht verlieren. Auch der Grund, aus welchem das B. G. die Klage abgewiesen hat, verletzt kein Gesetz, insbesondere nicht den Art. 879 des B. G. B. Der Vertreter des Rkl. bestreitet nicht, daß dieser auch auf Legatare Anwendung finde und keine eigentliche Novation im Sinne der Art. 1271 ff. voraussetze; er rügt aber, daß das subjektive Moment, der Wille, die Universallegatarin als persönliche Schuldnerin anzunehmen, nicht festgestellt sei. Das B. G. verkennt aber keineswegs, daß es auf diesen Willen (mens eligendi) ankomme; dasselbe spricht nicht aus, daß die Annahme der Theilzahlung und Ausstellung der Quittung an und für sich das Recht auf Separation ausschließen, sondern es erklärt für entscheidend, ob durch diese Vorgänge der Kl. die Bekl. als Schuldnerin angenommen habe, verlangt also in Uebereinstimmung mit Art. 878 die acceptation de l'héritier comme débiteur. Die Frage aber ob in den Handlungen des Kl. diese Absicht zu finden sei, gehört in das Gebiet thatsächlicher Würdigung. II. C. S. i. S. Morschhäuser c. de Georgi vom 2. Dezember 1887, Nr. 245/87 II.

115. Das B. G. nimmt an, daß, weil die Schenkgeberin sich die lebenslängliche Nutznießung an den streitigen Objekten vorbehalte, der Art. 918 c. civ. Anwendung finde, d. h. eine vom Rückbringen befreite Schenkung vorliege. Diese Annahme beruht aber auf einer irrigen Rechtsanschauung. Es handelt sich hier um die Schenkung eines Hauses nebst Zubehör, wobei bestimmt ist, daß der Antritt, d. h. die thatsächliche Vollziehung der Schenkung erst nach dem Tode der Schenkgeberin erfolgt. Mag man diese Stipulation nun in dem Sinne verstehen, daß der Eigenthumsübergang erst mit dem Tode der letzteren stattfinden, oder dieselbe dahin auffassen, daß das Eigenthum schon im Augenblicke des Vertragsschlusses übergehen soll, womit dann die Schenkgeberin zur Inhaberin fremden Eigenthums würde, unter keiner dieser beiden Annahmen kann in der Stipulation ein Vorbehalt der Nutznießung — Art. 578 seq. leg. cit. — wie ihn die bezogene Gesetzesbestimmung voraussetzt, gefunden werden. Letztere, die ihrer anomalen Natur wegen auf das Engste auszulegen ist, mußte daher für den vorliegenden Fall außer Betracht bleiben. II. C. S. i. S. Hoffmann c. Faller vom 25. November 1887 Nr. 179/87 II.

116. Was die Feststellung des B. G. anbelangt, daß alle Betheiligten von der wesentlichen „Voraussetzung“ ausgegangen seien, daß eine rechtswirksame Hypothek bestehe, so kann dieselbe die getroffene Entscheidung schon deshalb nicht rechtfertigen, weil das B. G. den Begriff der „Voraussetzung“ überhaupt nicht kennt, insbesondere nirgends vorschreibt, daß eine vertragsmäßig getroffene Verfügung oder eine übernommene Verpflichtung dann unwirksam sei, weil es an einer „Voraussetzung“ fehle, von welcher der Verpflichtete ausgegangen sei. Aus dem Mangel an einer solchen Voraussetzung hätte hiernach nur dann die Unwirksamkeit der Verpflichtung abgeleitet werden dürfen, wenn das B. G. hätte feststellen können, daß ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart worden sei, es solle die Delegation nur für den Fall gelten, daß das von den Geschwistern beanspruchte Hypothekarrecht wirklich zu Recht bestehe, oder daß es in Folge der mangelnden Voraussetzung für die Delegation an einer „cause“ fehle, dieselbe somit nach Art. 1131 des B. G. B. als ungültig anzusehen sei. II. C. S. i. S. Disch c. Dahm Konk. vom 11. November 1887 Nr. 212/87 II.

117. Die Anmeldung im Konkurse und die Klage sind auf die Vereinbarung im Anstellungsvertrage gegründet, wonach dem Kl. die Rückzahlung der von ihm als Generalagent geleisteten Kaution bei Aufhebung des Dienstverhältnisses in baar versprochen worden ist. Derselbe hatte zwar die Kaution von 5000 Mk. in Antheilscheinen zu leisten, allein durch diese Vereinbarung ist ihm der Rückkauf der Antheilscheine bei Endigung des Dienstvertrages und die Erstattung des von ihm bezahlten Preises zugesagt. Dieser Vertrag ist keineswegs denjenigen Verträgen gleich zu stellen, welche durch frühere Urtheile des R. G. als den guten Sitten zuwiderlaufend (Art. 1133 des B. G. B.) für unwirksam erklärt worden sind. Durch diese Verträge ist

ausgemacht worden, daß für Antheilscheine ausgestellte Wechsel überhaupt nicht bezahlt, also die Behörden und dritte Personen getäuscht werden sollen. Der hier vorliegende Vertrag aber hat den Kl. nicht von der Zahlung befreit, er hat vielmehr unbestritten die 5000 Mk. für die Antheilscheine hingegeben, mit welcher Summe Zahlungen auf im § 23 Absatz 1 des Statuts erwähnte Forderungen, für welche der Garantiefonds bestimmt war, geleistet werden konnten. II. C. S. i. S. Feuer-Vers.-Ges. Vater Rhein Konk. c. Jürgens vom 22. November 1887 Nr. 149/87 II.

118. Die von den meisten Schriftstellern (Aubry und Rau § 511, Duranton XIV. 323, 324; Troplong, Contr. de mariage II. 1193, 1194) und Andere vertheidigte Ansicht, daß nach Art. 1437 für das Maß der Ersatzpflicht lediglich die durch die Aufwendung herbeigeführte Werthерhöhung in Betracht komme, daher nur die nothwendigen Aufwendungen unbedingt in ihrem vollen Betrage zu ersetzen seien, kann als zutreffend nicht anerkannt werden. Nach dem Eingange des Artikels muß Vergütung geleistet werden, so oft aus dem gemeinschaftlichen Vermögen zum Vortheile des Sondergutes eine Summe entnommen wird, und dieser Satz läßt nur die eine Deutung zu, daß der Ersatz in der entnommenen Summe zu bestehen habe. Wenn am Schlusse des Artikel die Nothwendigkeit der Ersatzleistung für alle Fälle ausgesprochen wird, wo einer der Ehegatten einen persönlichen Vortheil aus dem Gemeinschaftsvermögen gezogen hat, so sollen damit die in dem Artikel aufgezählten Fälle nur verallgemeinert, nicht aber im Widerspruche mit dem Eingangs aufgestellten Grundsatze der Ersatzpflicht dem Betrage nach beschränkt werden. Der Schlußsatz könnte, wenn er allein stünde, zu der Ansicht führen, daß der Ersatz nur bis zum Betrage der Bereicherung zu leisten sei, in Verbindung mit dem Vorausgehenden besagt er nur, daß der Ehegatte, welcher zu seinem persönlichen Vortheile die Mittel der Gemeinschaft verwendet hat, zu deren Ersatze verpflichtet sei. Für diese Auffassung spricht die vermuthbare Absicht des Gesetzgebers, welcher nicht blos die Bereicherung einer der Vermögensmassen auf Kosten der anderen, sondern hauptsächlich die Verminderung einer dieser Massen zum Vortheile einer anderen vermeiden will, und diesem Gedanken in Art. 1408 einen unzweideutigen Ausdruck giebt. Wenn hiernach aus den Mitteln der Gütergemeinschaft eine Liegenschaft erworben wird, an welcher einer der Ehegatten Miteigenthum hatte, so gebührt der Gütergemeinschaft ohne Rücksicht auf das Maß der Bereicherung der Ersatz der vollen Summe, welcher zum Zwecke des Erwerbes entnommen worden ist. Das Gleiche gilt für die Aufwendungen, welche aus Mitteln der Gütergemeinschaft zur Verbesserung der zum Sondergute eines der Ehegatten gehörigen Liegenschaften gemacht worden sind, aus dem Sondervermögen muß die entnommene Summe zurückvergütet werden und es ist daher unerheblich, ob die Aufwendungen nothwendige oder blos nützliche waren. II. C. S. i. S. Kiefer c. Kiefer vom 6. Dezember 1887, Nr. 204/87 II.

119. Dem B. R. ist darin beizupflichten, daß das Kaufpreis-Privilegium gesetzlich nur für denjenigen Kaufpreis besteht und durch die Eintragung gewahrt wird, welcher als solcher aus dem Kaufakte hervorgeht (B. G. B. Art. 2103 Ziffer 1 und 2108). Mit diesem aus dem Prinzip der Publizität des Hypothekenbuchs sich ergebenden, in Doktrin und Rechtsprechung anerkannten Satze steht die Aufstellung des Rkl. in Widerspruch. II. C. S. i. S. Corr c. Baumgarten vom 13. Dezember 1887 Nr. 268/87 II.

120. Der B. R. geht mit Recht davon aus, daß der Art. 23 des c. de proc. civ., weil er materielles Recht enthält, durch die neuen Prozeßgesetze nicht aufgehoben, und daß er aus dem Art. 2229 des B. G. B. zu erläutern ist. Dieser stellt nun unter den Erfordernissen des Verjährungsbesitzes auf, daß er ein nicht unterbrochener (non interrompue) und ein ruhiger (paisible) sein müsse. Richtig ist, daß im Sinne des Gesetzes (Art. 2243) der Besitz nur dann als ein unterbrochener angesehen werden kann, wenn dem Besitzer der Besitz der Sache mehr als ein Jahr lang entzogen worden ist, was hier unzweifelhaft nicht zutrifft. Allein es fragt sich, ob neben dem Erfordernisse, daß der Besitz „non interrompue“ sei, derselbe auch, um den Schutz des Gesetzes zu genießen „paisible“ in dem Sinne sein müsse, daß der Besitzer, wenn er auch nicht des Besitzes beraubt wird, doch auch nicht in ernstlicher Weise in seinem Besitze von dem Gegner beunruhigt (troublirt) sein dürfe. Die Entscheidung dieser Frage hängt von der rechtlichen Bedeutung des Ausdrucks „possession paisible“ ab. In Bezug auf diese Bedeutung gehen die Ansichten der Autoren auseinander. Während die einen aufstellen, daß unter „paisible“ nichts Anderes zu verstehen sei, als „non violente“, daß also der Art. 2229 mit diesem Erfordernisse weiter Nichts habe vorschreiben wollen, als was auch der Art. 2233 besage, daß der Besitz nicht durch gewaltsame Handlungen erlangt sein dürfe, — so Belime Nr. 31; Aubry u. Rau § 180 Nr. 3; Duranton t. XXI. Nr. 208; Demante t. VIII. Nr. 336 bis IV., V., VI. —, behaupten die anderen, daß das fragliche Wort zwar einestheils die Bedeutung habe, daß der Besitz kein gewaltsamer sein dürfe, daß es aber anderentheils ein ferneres Erforderniß des Besitzes aufstelle, dahin gehend, daß er ein ruhiger, d. h. ein nicht durch öftere Angriffe und wiederholte Störungen eines Anderen troublirter sein dürfe; einem derartigen beunruhigten Besitze versage das Gesetz die Vermuthung des Eigenthums und deshalb den Schutz des Besitzes. — So Troplong, prescription t. I. Nr. 350; Marcadé zu Art. 2229—2234 Nr. IV. (Band XII. S. 117); Laurent, t. XXXII. Nr. 280; Cremieu, actions possessoires, Nr. 272 ff. Die erstere Ansicht muß für die richtige gehalten werden. Die im Art. 2229 aufgeführten Erfordernisse des Verjährungsbesitzes enthalten ihre nähere Erläuterung und Bestimmung in den nun folgenden ferneren Art., und diese Stellung der einzelnen Art. im Gesetzbuche gestattet schon die Annahme, daß der Art. 2233 gerade eine nähere Definition des Ausdrucks „paisible“ habe geben wollen. Abgesehen hiervon aber kann man nicht annehmen, daß das Gesetz, indem es die Erfordernisse des Verjährungsbesitzes aufstellte, einem Besitzer, welcher selbst einen fehlerfreien Besitz erlangt hatte, die Vortheile dieses Besitzes dadurch habe entziehen wollen, daß ein unberechtigter Dritter, wenngleich erfolglos, durch wiederholte Angriffe seinen Besitz zu beunruhigen versuchen sollte. Vergl. Demante, a. a. O. II. C. S. i. S. Gemeinde Huckingen c. Graf Spee vom 16. December 1887, Nr. 213/87 II. M.

Personal-Veränderungen.

Zulassungen.

Georg Sternberg beim Amtsgericht I Danzig; — Max Gottlieb Erdmann Reinecke beim Amtsgericht Neudamm; — Dr. Peter Kloeppel beim Reichsgericht Leipzig: — Gerichtsassessor Glaß beim Oberlandesgericht Frankfurt a. M.; — Hans Samter beim Land- und Amtsgericht Danzig; — Dr. L. Kielmeyer beim Oberlandesgericht Stuttgart; — Fränkel beim Amtsgericht Ziegenhals; — Martin Galland beim Landgericht I Berlin; — Alfred Rudolf Carl Born beim Landgericht I Berlin; — Dr. Josef Kuhn, Dr. Otto Lichten beim Oberlandesgericht Darmstadt und Landgericht Mainz; — Dr. Ernst Kielmeyer beim Landgericht Stuttgart; — Dr. Walter Leibbrand beim Landgericht Stuttgart; — Dr. Max Stein beim Landgericht Stuttgart; — Dr. Julius Heinrich Krüger und Dr. Kurt Otto Kretschmann beim Landgericht Leipzig; — Gerichtsassessor Bilewsky beim Landgericht Oels; — Dr. Richard Benno Gotthold Jahns beim Amtsgericht Kirchberg i. S.; — Dr. Julius Haber beim Reichsgericht Leipzig; — Heinrich Fölsch beim Landgericht Neustrelitz; — Dr. jur. Otto Gildemeister beim Amtsgericht Bremen; — Ed. Mosbauer, Dr. Fr. May und Leopold Weinmayer beim Landgericht München.

Löschungen.

Gelöscht sind: Dr. Traugott Rudolph Jerusalem beim Landgericht Leipzig; — Dr. Kloeppel beim Oberlandesgericht Jena; — Dr. Theodor Wilhelm Hildebrand beim Landgericht Zwickau; — Dr. jur. Albert von Stieglitz beim Landgericht Altenburg; — Emerich Graf von Arco-Vallay beim Landgericht I München; — Dr. Salli Michelsberg beim Landgericht Metz; — Dr. L. Kielmeyer beim Landgericht Stuttgart; — Hehner beim Amtsgericht Kirchen; — Baier beim Amtsgericht Regen; — Köbel beim Amtsgericht Rosenheim; — Gustav Moritz Benkert beim Amtsgericht Annaberg; — Fränkel beim Amtsgericht Markissa; — Kuhlmann beim Amtsgericht Laasphe.

Ernennungen.

Zu Notaren sind ernannt: Rechtsanwalt Goerke in Bublitz zum Notar für den Bezirk des Oberlandesgerichts Stettin und Wohnsitz Bublitz; — Rechtsanwalt Ascher in Osterburg zum Notar für den Bezirk des Oberlandesgerichts Naumburg a. S. und Wohnsitz Osterburg.

Todesfälle.

Dr. Traugott Jerusalem in Leipzig; — Theodor Wilhelm Hildebrandt in Lichtenstein; — Rechtsanwalt und Notar Sellge in Sagan.

Für die Redaktion verantw.: S. Haenle. Verlag: W. Moeser Hofbuchhandlung. Druck: W. Moeser Hofbuchdruckerei in Berlin.

Für die Herren Vereinsmitglieder liegt dieser Nummer das Verzeichniß der Mitglieder des Deutschen Anwaltvereins bei.

№ 6 und 7. Berlin, 1. Februar. 1888.

Juristische Wochenschrift.

Herausgegeben von

S. Haenle, Justizrath, Rechtsanwalt in Ansbach. und M. Kempner, Rechtsanwalt beim Landgericht I. in Berlin.

Organ des deutschen Anwalt-Vereins.

Preis für den Jahrgang 20 Mark. — Inserate die Zeile 40 Pfg. — Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt.

Inhalt.

Aufsätze für die Juristische Wochenschrift, welche acht Spalten überschreiten, können nur ausnahmsweise angenommen werden. Aufsätze, welche sich auf Angelegenheiten des Anwaltstandes und die Reichsjustizgesetze beziehen, erhalten den Vorzug.

Die Redaktion.

Hülfskasse für deutsche Rechtsanwälte.

Die Anwaltskammer im Bezirke des Oberlandesgerichts zu Breslau hat der Kasse abermals eine Beihülfe von 1000 Mark zugewendet. Der Kammer und ihrem Vorstande ist für die ansehnliche Gabe der aufrichtigste Dank ausgesprochen.

Die Stellung des Vertheidigers.

Von Rechtsanwalt Dr. Ludwig Fuld in Mainz.

Die neuesten Strafprozeßgesetze und Entwürfe zu Strafprozeßgesetzen haben sich bemüht, die Stellung der Vertheidigung von neuen Grundlagen aus und dem Geiste des modernen mündlichen und öffentlichen Verfahrens entsprechend zu regeln, sie haben sich bestrebt, ihr eine würdigere und die Erfüllung ihrer Aufgaben in höherem Maße ermöglichende Stellung zu gewähren, als sie ihr nach den bisher geltenden Gesetzen zu Theil wurde. Nur selten hat sich die Vertheidigung des Wohlwollens und der Gunst der Gesetzgebung bisher zu erfreuen gehabt; sehen wir von England ab, dessen Recht Anklage und Vertheidigung in geradezu mustergültiger Vollendung seit langer, langer Zeit einander gleichgestellt und die Gleichstellung bis zu den äußersten Konsequenzen durchgeführt, und zwar nicht nur, wie das in andern Ländern der Fall ist, theoretisch, sondern praktisch durchgeführt hat, so haben sich fast alle Gesetzgebungen bis zu der jüngsten Phase in der Entwickelung des Strafprozeßrechts nicht von einem größern oder geringern Mißtrauen gegen die Rechte der Vertheidigung und gegen ihr Amt befreien können. Am deutlichsten hat dies Mißtrauen in dem code d'instruction criminelle Ausdruck gefunden, welche in § 311 die geradezu lächerliche Vorschrift aufgenommen hat, daß vor Beginn der Verhandlungen vor den Schwurgerichten der Präsident den Vertheidiger daran zu erinnern habe, daß er nichts gegen sein Gewissen oder gegen die den Gesetzen schuldige Achtung vorbringen dürfe und daß er sich mit Anstand und Mäßigung auszudrücken habe, eine Vorschrift, die im Laufe der Zeit größtentheils zur reinen Phrase wurde, aber merkwürdigerweise bei dem doch so sensiblen französischen Advokatenstand kaum Anstoß erregte, so schwer es auch das Mißtrauensvotum gegen den ganzen Stand ist, das sie enthält, wie dies auch der Entwurf eines neuen Strafprozeßgesetzes für das Königreich Belgien mit sehr zutreffenden Worten anerkennt, wenn er sagt: Humiliant pour l'avocat pénetré de l'importance et de la dignité de son rôle, inutile pour l'avocat qui a rompu avec les sentiments élevés de l'ordre, auquel il a l'honneur d'appartenir, le langage du président n'a d'autre résultat, que de fournir annliment à la malignité du public.*) Die Ausstellungen, welche mitunter gegen diesen oder jenen Vertheidiger wegen seiner Praktiken nicht mit Unrecht erhoben werden können, wurden zu Anklagen, gerichtet gegen den ganzen Stand als solchen und das Amt als solches, die Fehler und Mißgriffe, deren sich der Einzelne schuldig machte, wurden dazu benützt und Stand und Amt in schwerster Weise zu belasten, und wenn irgend ein Stand jemals für die Sünden und Unfertigkeiten eines seiner Mitglieder verantwortlich gemacht wurde, so ist es der Vertheidiger, demgegenüber sich jede Individualschuld alsbald in eine Kollektivschuld umwandelt. Von dem Banne dieser und ähnlicher Anschauungen haben sich auch die neusten Gesetzgebungen und Entwürfe nicht völlig zu befreien vermocht, und die Stellung der Vertheidigung im Strafverfahren kann darum auch heute noch nicht als eine befriedigende angesehen werden. Die deutsche Straf-

*) Mayer, Streiflichter auf den gegenwärtigen Strafprozeß (Leipzig, 1886) S. 63.

prozeßordnung bildet in dieser Beziehung keine Ausnahme von den übrigen modernen Gesetzgebungen der Kontinentalstaaten, trotzdem ihre auf die Vertheidigung bezüglichen Bestimmungen im Vergleiche zu dem bis zu ihrem Erlaß in Deutschland geltenden Strafprozeßrecht einen wichtigen Fortschritt in Ansehung verschiedener Punkte bedeuten, der übrigens durch die neuesten Strafprozeßgesetzentwürfe, insbesondere den belgischen, in beträchtlichem Maße überholt wurde.

Jedes Strafverfahren, welches den Anspruch darauf erhebt, den Grundsätzen der Gerechtigkeit und Billigkeit in dem für nothwendig zu erachtenden Maße gerecht zu werden, muß die Vertheidigung nicht minder als nothwendigen Bestandtheil eines ordentlichen Strafprozesses, die englische Rechtssprache spricht sehr schön von einem fair trial, betrachten, wie die Anklage und die Aburtheilung. Der Gesetzgeber darf nicht von der Ansicht ausgehen, daß nur ausnahmsweise eine besondere Vertheidigung nothwendig ist, nur bei den schwersten Strafthaten, sondern er muß sich mit der Ueberzeugung erfüllen, daß in jedem Falle die Vertheidigung ebenso geboten ist wie die Anklage, und so wie man es für eine Abnormität erklären muß, daß die Aburtheilung einer Person stattfinde, wenn keine besondere Anklage gegen sie erhoben wurde, ebenso muß es als ein durchaus mangelhafter Rechtszustand bezeichnet werden, daß dieselbe möglich sein soll, wenn keine besondere Vertheidigung stattgefunden hat. Man sagt nun freilich, daß die Vertheidigung des Angeklagten eines der Attribute des Gerichts, daß sie eine Pflicht des Gerichtes sei, ein Gedanke, den die englische Rechtssprache in dem Satze formulirt: The judge is the best counsel of the accused. Unzweifelhaft ist nun die Anschauung, welche dieser Meinung zu Grunde liegt, eine außerordentlich edle und erhabene, allein in der entschiedensten Weise muß in Abrede gestellt werden, daß diese, durch den Richter gehandhabte Vertheidigung, die materielle, im Stande sein sollte, einen genügenden Ersatz für die Vertheidigung durch eine besondere Person zu bieten, die formelle. Zu den Zeiten des Inquisitionsprozesses, wo der Richter nicht nur die richterlichen, sondern auch diejenigen Funktionen ausübte, welche in den Bereich des öffentlichen Anklägers fallen, mochte man immerhin ihm auch die Entlastung des Angeklagten zuweisen, der mangelhafte Zustand des damaligen Strafprozesses konnte allenfalls diese Vermischung der Funktionen der verschiedensten Art in der Hand des Richters entschuldigen, allein nachdem an Stelle des Inquisitionsprozesses der Anklageprozeß getreten ist, nachdem man erkannt hat, daß die Trennung des Anklageamtes von dem Richteramt die erste und unabweisliche Voraussetzung für die Wahrheitsermittlung bildet, nachdem man endlich eingesehen, daß die Beschränkung des Richters auf die richterlichen Funktionen im strengsten Sinne des Wortes die wichtigste Kautel gegen schreiende Verletzungen des Rechtes und gegen Verkehrung des Zwecks des Strafverfahrens in sein direktes Gegentheil, die bedeutungsvollste Garantie zum Schutze der Angeklagten bildet, entfällt für diese Zuweisung der Vertheidigung an den Richter jeder Rechtfertigungsgrund. Die Bestellung eines besonderen Anklägers erfordert auch die Bestellung eines besonderen Vertheidigers, und es ist die nothwendige Konsequenz der Beseitigung jener Vermischung, daß die Vertheidigung ebenso in den Händen einer ad hoc bestimmten Persönlichkeit ruhe wie die Anklage.

In dieser Beziehung ist nun der Rechtszustand nach den Gesetzgebungen der Gegenwart ein sehr mangelhafter; indem die Gesetze die Vertheidigung nur dann als eine nothwendige betrachten, wenn die Anklage ein Verbrechen im technischen Sinne zum Gegenstand hat, bestärken sie mit Nothwendigkeit die Auffassung, daß dieselbe nicht einen nothwendigen Bestandtheil des ordentlichen Verfahrens bildete, sondern nur ausnahmsweise als solcher zu betrachten ist. Die deutsche St. P. O. hat den Kreis der Fälle der nothwendigen Vertheidigung nicht einmal auf alle Verbrechen ausgedehnt, sondern, sofern dieselben vor den Strafkammern abzuurtheilen sind, von dem Antrage des Beschuldigten oder seines Vertreters abhängig gemacht, während es bei den Strafthaten minderer Art in das Ermessen des Gerichtes gestellt ist, ob es einen Vertheidiger auf Antrag des Beschuldigten bestellen oder dies unterlassen will. Der enge Umfang, welchen hiernach die nothwendige Vertheidigung besitzt, ist in hohem Maße geeignet zu der Verbreitung und Bestärkung der Ansicht beizutragen, daß das Gesetz dieselbe nur ausnahmsweise für geboten erachtet; andere Gesetze gehen in dieser Hinsicht viel weiter als das deutsche; das französische vom 18. Januar 1851 schreibt vor, daß jedes unbemittelte, durch die Staatsanwaltschaft verfolgte Individuum das Recht besitzt, einen Vertheidiger zu begehren und der Gebrauch, welcher in Frankreich von dieser Befugniß gemacht wird, ist ein sehr umfassender. Noch weiter geht der italienische codice von 1866, welcher jedem Beschuldigten ein Recht darauf giebt, daß ihm ein Vertheidiger zur Seite steht. Nach dem Entwurf eines Strafprozeßgesetzes für Belgien benennt der Präsident des Gerichtes von Amtswegen den in Präventivhaft befindlichen Personen einen Vertheidiger, wenn sie einen solchen wünschen und ihre Bedürftigkeit darthun*), gleichviel ob die Verfolgung durch die Staatsanwaltschaft oder eine Civilpartei erfolgt. Zur richtigen Würdigung der Tragweite dieser Bestimmung ist zu bemerken, daß, nach dem belgischen Gesetze vom 20. April 1874 (loi relative à la detention préventive) die Präventivhaft gegen einen Beschuldigten der seinen Aufenthaltsort in Belgien hat, nur bei dem Vorliegen schwerer, ausnahmsweiser, die öffentliche Sicherheit interessirender Umstände verhängt werden kann, welche im Texte des Haftbefehls spezifizirt sein müssen**). So sehr es nun auch anzuerkennen ist, daß die beiden ersterwähnten Gesetzgebungen den Kreis der Fälle nothwendiger Vertheidigungen erheblich weiter erstrecken als das deutsche Recht, so wird doch auch durch ihre Bestimmungen der Mißstand nicht beseitigt, daß der Vertheidigung ein ausnahmsweiser Charakter eigenthümlich ist. So lange dieser Zustand währt, kann von einer Gleichstellung der Parteien im Strafverfahren, kann davon, daß der Angeklagte sich im Besitze aller erforderlichen Garantien gegen die Verhütung einer ungerechtfertigten Verurtheilung befindet, nicht die Rede sein. Schwerlich läßt sich ein größeres Mißverhältniß in der Vertheilung der Parteikräfte denken, als in dem Verfahren, in welchem einerseits der mit der Machtfülle des Staatsbeamten ausgestattete Beamte, gehoben durch den Nimbus seiner Würde, zur Vertretung der Anklage berufsmäßig aus-

*) Mayer, das Strafprozeßrecht Belgiens, Separatabdruck aus dem Archiv für Strafrecht, Bd. 34, Berlin, 1886. S. 73.

**) Mayer a. a. O. S. 30.

gebildet, mit Wissen und Kenntnissen ausgestattet, dem eingeschüchterten, des Gesetzes und seiner Anwendung unkundigen Angeklagten gegenüber steht, dessen wahre Interessen sich keineswegs regelmäßig mit denjenigen decken, welche vielleicht das Gericht im Auge hat; das Gesetz macht es zwar dem Vertreter der Anklage zur Pflicht, auch die zur Entlastung dienenden Momente ins Auge zu fassen, und sein Augenmerk nicht nur auf die Sammlung des zur Anschuldigung und Ueberführung sondern auch des zur Exkulpirung dienenden Materials zu richten, allein es liegt in der Natur der Sache, daß der Staatsanwalt seine Thätigkeit in erster Linie und hauptsächlich, nicht in der Richtung der Ent- sondern der Belastung bewegt, und es hieße die menschliche Natur gründlich verkennen, wollte man dies befremdlich oder seltsam finden. Gerade je eifriger sich der Staatsanwalt seinem Berufe hingiebt, in so höherem Grade ist er der Gefahr ausgesetzt, mit Einseitigkeit nur für diejenigen Momente einen aufmerksamen Blick zu besitzen, welche der Belastung und Ueberführung des Angeklagten dienen, gerade in um so höherem Maße unterliegt er der Gefahr, die Sachlage unter dem einseitigen Gesichtspunkte des Anklägers zu betrachten und so die Ermittelung der Wahrheit mit der Verurtheilung des Angeklagten zu identifiziren. Den Staatsanwalt hierfür tadeln zu wollen, wäre ebenso ungerecht wie unverständig, liegt es doch nun einmal in der menschlichen Beanlagung, bei jeder einseitig betriebenen Berufsthätigkeit die Fähigkeit im gewissen Grade einzubüßen, einen Vorgang unter einem andern Gesichtspunkte zu betrachten und zu beurtheilen, als unter dem durch den Beruf vertraut gewordenen. Es kann hiernach nicht auffallend erscheinen, wenn verhältnißmäßig so überaus selten der Staatsanwalt die Freisprechung des Angeklagten beantragt, und man thut sehr unrecht, wenn man dies, wie leider zuweilen geschieht, damit zu erklären sucht, daß die Anklage häufig gegen die bessere Ueberzeugung aufrecht erhalten werde. Es erscheint durchaus überflüssig, diesen Punkt noch weiter auszuführen, um so mehr, da wohl kein Zweifel darüber besteht, daß die Entlastung eines Angeklagten, welche durch die Staatsanwaltschaft erfolgt, nur unter Verschließung des Blicks gegen die thatsächlichen Verhältnisse eine wirkliche Entlastung genannt werden kann. Nicht die Staatsanwaltschaft vermag die Exkulpirung in die Interessen allseits wahrender Weise zu besorgen, ebensowenig aber das Gericht, sondern dies vermag nur ein besonders zu diesem Zwecke bestellter Vertheidiger zu thun. Der Richter soll im Strafverfahren nicht minder wie im Civilverfahren über den Parteien stehen, sich aber mit keiner derselben identifiziren, er soll richten, aber weder anklagen noch vertheidigen, er soll weder die Parteirechte des Klägers noch die des Beklagten ausüben, weder in die Funktionen dieses, noch jenes übergreifen, das richterliche Amt erträgt eine solche Vermengung nicht, und der Parteiprozeß wird geradezu zu einer Karrikatur, wenn dieselbe dennoch stattfindet. Die vollständige Loslösung der Vertheidigung von dem Richteramte ist die logische Konsequenz der Einführung des Parteiprozesses, sie wird durch das Interesse des Angeklagten im höchsten Grade bedingt, und es muß als eine merkwürdige Thatsache bezeichnet werden, daß man ungeachtet der Reformirung des Verfahrens im Sinne des Parteiprozesses sich nicht zu diesem Schritt entschließen will.

Ist hiernach eine allen Ansprüchen und Forderungen entsprechende Stellung der Vertheidigung erst dann vorhanden, wenn dieselbe ebenso wie die Staatsanwaltschaft in jedem Strafverfahren mitwirkt, so kommen die Gesetzgebungen diesem als Ideal zu bezeichnenden Zustande um so näher, je größer der Kreis der Fälle der nothwendigen Vertheidigung ist. Ein hervorragender Kriminalist, Professor Mayer, hat kürzlich die Ausdehnung derselben nicht nur auf die Verbrechen, sondern auch auf die Vergehen verlangt, und man wird diesem wahrlich nicht unbescheidenen Verlangen voll und ganz beitreten können. So lange die Strafsachen, in welchen dem Angeklagten ein Vertheidiger zur Seite steht, gegenüber denjenigen fast gänzlich verschwinden, in welchen dies nicht der Fall ist, so lange die Angeklagten mit Ausnahme eines kleinen unbedeutenden Bruchtheiles ohne besondere Verbeistandung dem öffentlichen Ankläger sich gegenüber gestellt sehen, wird die Vertheidigung niemals die Stellung erlangen, die ihr gebührt, wird die Anschauung, daß sie ein nothwendiger Bestandtheil des Verfahrens ist, welches nicht minder zu der Wahrheitsermittelung beiträgt, wie Staatsanwaltschaft und Gericht, in Deutschland wenigstens, nicht in Fleisch und Blut übergehen. Es ist unbedenklich zuzugeben, daß die Ausdehnung der Vertheidigung in dem bezeichneten Umfange auf große Hindernisse stößt, welche sich zur Zeit wohl kaum als überwindlich bezeichnen lassen. Nicht nur die enorme Belastung der Staatskasse, welche durch eine Reform mit diesem Inhalte hervorgerufen würde, sondern auch der Umstand, daß das Personal der Vertheidiger namentlich an den kleinen Plätzen nicht in ausreichendem Maße vorhanden wäre, bildet ein schwer zu besiegendes Hinderniß; schon in mittelgroßen Provinzialstädten, an welchen sich der Sitz eines Landgerichts befindet, dessen Strafkammer regelmäßig eine oder zwei Sitzungen in der Woche abhält, würde die Durchführung des obigen Vorschlages ganz erhebliche Schwierigkeiten machen, geschweige an Orten, an welchen sich der Sitz einer detachirten Strafkammer befindet. Diesen Schwierigkeiten sowie der finanziellen Prägravirung, die gerade jetzt, wo die Riesenaufgabe der Verwirklichung der Sozialreform an die Finanzen des Reiches und der Bundesstaaten Ansprüche von einer unabsehbaren Tragweite stellt, sehr in Betracht kommt, kann durch Einführung eines Instituts begegnet werden, welches die Ansprüche, die man bezüglich der Vertheidigung stellen muß, in dem denkbar weitesten Umfange befriedigen würde, nämlich durch die Bestellung eines beständigen Vertheidigeramts. Dieser Gedanke, auf welchen in der jüngsten Zeit zuerst aufmerksam gemacht zu haben, das Verdienst unseres edlen, von Begeisterung für die Vervollkommnung des Strafverfahren beseelten Geyer war, den ein vorzeitiger Tod seinem segensreichen, von dem Lichte idealer Begeisterung verklärten Schaffen entriß, mag heute noch den Meisten als Chimäre erscheinen, allein trotzdem ist er ein durchaus fruchtbarer, und wir sind überzeugt, daß die Gesetzgebungen früher oder später der Verwerthung desselben näher treten werden. Es ist bezeichnend, daß die Bestellung ständiger Vertheidigungsorgane bei denjenigen, welche von der Mangelhaftigkeit des gegenwärtigen Rechtszustandes überzeugt sind, in progressivem Maße Beliebtheit erlangt, und wir weisen in dieser Beziehung auf die sympathischen Worte hin, mit welchen Mayer, der bereits genannte hervorragende Kriminalist, dieses Projekt in seiner jüngsten Arbeit begrüßt hat: „Der Zeit- und Kräfteverlust“, sagt derselbe, wäre nur ein scheinbarer und würde

reichlich durch den Vortheil aufgewogen, daß dem erfahrenen Ankläger ein nicht minder erfahrener Vertheidiger immer gegenüberstehe, der im gleichen Maße wie der Erstere vermöge der durch tägliche Uebung erlangten Rontine beflissen sein würde, kurz und klar zu sprechen, auch nur das unbedingt Nothwendige vorzubringen. An Stelle der langen und phrasenhaften Vertheidigungsreden, wie solche nicht selten gehalten werden, würde ein kurzes und sachgemäßes Plaidoyer treten, weil nur durch fortgesetzte Uebung sich jener rasche und richtige Ueberblick gewinnen läßt, der im Verein mit weiser Selbstbeschränkung, die Mittel der Anklage wie diejenigen der Vertheidigung dem erreichbaren Zwecke anzupassen versteht, denn gerade der gegenwärtig ausnahmsweise Charakter der Vertheidigung hat zur Folge, daß diese nicht als ein nothwendiges und unentbehrliches Element des Strafprozesses betrachtet wird. Würden unsere Gerichte und Staatsanwälte sich daran gewöhnen müssen, in jedem schweren Falle wenigstens, auch wenn es sich nicht um einen der Zuständigkeit des Schwurgerichts überwiesenen Verbrecher handelt, die Interessen des Angeklagten durch einen Vertheidiger gewahrt zu sehen, *so würde in dem Einzelfalle die Frage nach der Nützlichkeit und Ersprießlichkeit der Vertheidigung nicht mehr aufgeworfen werden können.*" Kein Wort der vorstehenden Auslassung ist zu viel gesagt oder übertrieben; die segensreichen Wirkungen eines ständigen Vertheidigungsamtes würden sich im ganzen Gebiete des Strafverfahrens, ja noch weiter außerhalb der Grenzen desselben bemerkbar machen, und die Garantien gegen ungerechte Verurtheilungen wären hierdurch nach menschlichem Ermessen so weit weit wie möglich erstreckt. Zweifellos wird den meisten dieser Vorschlag wie eine Art unbestimmter Zukunftsmusik vorkommen, allein es darf doch daran erinnert werden, daß die deutsche Rechtsgeschichte nicht gänzlich des Vorbildes dafür entbehrt, und die staatlich besoldeten Assistenzräthe, welche man unter Friedrich dem Großen in Preußen an Stelle der Rechtsanwälte gegen Besoldung anstellte, wären immerhin als ein Beweis dafür anzuführen, daß die Ausführung dieses Gedankens keineswegs so utopischer Art ist, wie es auf den ersten Blick der Fall zu sein scheint.

Der ausnahmsweise Charakter, welcher nach gegenwärtigem Rechtszustande der Vertheidigung eigenthümlich ist, verhindert, wie wir gesehen haben, daß dieselbe sich die richtige Stellung erwerbe. Der Wahrheit die Ehre gebend, muß nun allerdings leider anerkannt werden, daß in Deutschland die Stellung der Vertheidigung und ihre Beurtheilung in Folge dieses Umstandes in höherem Grade leidet, als in irgend einem anderen der Kulturstaaten. Während der Staatsanwalt in Deutschland als der Vertreter der Gerechtigkeit par excellence erscheint, während man in ihm den Beamten erblickt, dessen Beruf es ist, den Rechtsbruch zu fühnen und der verletzten Rechtsordnung zu ihrer Wiederherstellung zu verhelfen, erblickt man in dem für seine Thätigkeit bezahlten Vertheidiger allzu häufig den Mann, welcher nur mit Rücksicht auf das ihm gewährte Aequivalent die Entlastung des Angeklagten versucht, während jener im Dienste des Gerechtigkeitsideals zu stehen scheint, wird der Vertheidiger nicht etwa nur von der urtheilslosen und unwissenden Menge, sondern auch von Seiten des gelehrten Richterthums schief und mißtrauisch angesehen, als ob er nur um der tarifmäßigen Gebühr willen sich der Exkulpirung des Angeklagten unterziehe. Wie verbreitet diese Anschauung bei uns leider ist, haben uns die letzen Jahre deutlich bewiesen, und es braucht nur an die Auslassungen der Schrift von **A. Z.** über die Schwurgerichte erinnert zu werden, um in klassischer Weise darzuthun, daß der Zweck und Beruf der Vertheidigung auch seitens hochgebildeter Beamten vielfach in einer Art und Weise verkannt wird, wie es in England absolut unmöglich ist. Der Verfasser gehört wahrlich nicht zu denjenigen, welche ausländische Rechtsinstitutionen und Rechtsgewohnheiten auf Kosten der nationalen verhimmeln, und hat vielfach schon den Vorwurf des Gegentheils zu hören bekommen, allein bezüglich dieses Punktes, in Abrede stellen zu wollen, daß die Zustände im englischen Rechte himmelhoch über die deutschen emporragen, wäre eine Versündigung an der Wahrheit und Ehrlichkeit. In England erfreut sich der Vertheidiger desselben Ansehens und desselben Vertrauens wie der Ankläger, der englische Richter weiß, daß jener nicht in geringem Grade ein nothwendiges Element des Verfahrens, ein Organ der Wahrheitsermittelung bildet wie dieser, und für eine Auffassung, die dem Vertheidiger um deswillen Mißtrauen entgegenbringt, weil er von Fall zu Fall bezahlt wird, fehlt dem Sohne Albions absolut jedes Verständniß. Der praktische Engländer, welcher von der Ueberzeugung durchdrungen ist, daß jede Arbeit ihres Lohnes werth sei, hätte für den ungesunden, unwahren und geradezu heuchlerischen Idealismus, welcher der gerügten Anschauung zu Grunde liegt, nur ein verächtliches Lächeln. Wer die Wahrheitsermittelung mit der Ueberführung des Angeklagten identifizirt, wird freilich in der Vertheidigung keine dem eigentlichen Zweck des Strafverfahrens dienende Thätigkeit erblicken, allein diese Auffassung sollte doch nach gerade als abgethan gelten dürfen! Der Vertheidiger dient nicht minder dem Zwecke der Wahrheitsermittelung wie der öffentliche Ankläger, er trägt durch seine Thätigkeit nicht weniger dazu bei, die Wahrheit an das Licht zu bringen, wie dieser, sein Beruf wird nicht minder durch einen idealen Schimmer verklärt wie der des letzten, und es gebührt ihm deshalb das gleiche Vertrauen wie dem Vertreter der Anklage. In jedem Stande finden sich Elemente, welche ihrem Beruf Unehre machen, und es wäre ein Wunder, wenn der Vertheidigerstand von dieser Regel eine Ausnahme machte, allein im Verhältniß zu der übergroßen Mehrheit der Vertheidiger ist deren Zahl so unbedeutend, daß sie wahrhaftig keinen Grund bilden kann, jenes ungerechte Mißtrauen und jenen verletzenden Unterschied zu rechtfertigen. Sehr schön sagt ein französischer Kriminalist: **c'est le privilège du barreau de personnifier devant la jurisdictinn criminelle, la resistance aux entrainements parfois abutifs de l'accusation, de veiller de l'observation des formes, aux respects de la loi, d'empêcher que l'innocence ne soit meconne ou l'accusation exagerée. en un mot d'être associé à l'administration de la justice repressive pour temperer l'action des pouvoirs redantables dont celle-ci est investie."***) Wie glücklich dürften wir uns preisen, wenn solche Anschauungen auch bei unsern Richtern, herrichten, welch einen gewaltigen Fortschritt würden wir verzeichnen können, wenn unter ihrem Einfluß in der Praxis

*) **Antheunis, de la publicité de l'instruction p. 10.**

deutscher Strafgerichte der Gedanke seine Verkörperung fände, daß die völlig gleichheitliche Behandlung der Vertreter der Anklage und Vertheidigung ein unabweisbares Gebot jedes ordentlichen Strafverfahrens bildet! Nicht nur in England ist dies wie bereits erwähnt der Fall, sondern auch in Frankreich, und dem entspricht auch die hohe Achtung, deren sich der Stand der Vertheidiger in beiden Ländern erfreut, trotzdem weder die französischen noch die englischen Vertheidiger den Wettstreit mit den deutschen sei es bezüglich des Reichthums an Wissen, sei es bezüglich der Pflichttreue und Hingebung an ihren Beruf aufnehmen können. Wenn auch mit freudiger Genugthuung zuzugeben ist, daß es Richter in Deutschland giebt, welche sich von der Herrschaft der falschen Tradition früherer Zeiten befreit haben, wenn es auch gerne anerkannt werden muß, daß im deutschen Reiche Richter vorhanden sind, welche mit feinem Takt und sensiblem Gefühl jeden Unterschied bei der Ausübung der richterlichen Befugnisse zwischen Staatsanwalt und Vertheidiger zu vermeiden wissen, so ist dies doch leider nicht bei der Mehrheit der Fall und regelmäßig wird von der Prozeßdirektionsgewalt dem erstern gegenüber in ganz anderer Weise Gebrauch gemacht, als gegenüber dem letzteren. Der Staatsanwalt kann in seinen Ausführungen bis an die Grenzen des parlamentarischen Sprachkodex gehen, er kann sich in den ärgsten Uebertreibungen gefallen, er mag die Zeugen durch in Aussicht gestellte Meineidsprozeduren einschüchtern, der Ordnungsruf des Vorsitzenden, wird ihm nur selten Einhalt gebieten, während derselbe dem Vertheidiger gewiß ist, sobald er nur die gebotene Grenze um Haaresbreite überschreitet. Um nicht mißverstanden zu werden, möge ausdrücklich hervorgehoben werden, daß wir die Rüge jeder, auch der kleinsten Ueberschreitung der guten Sitte, des Anstandes oder Taktes durch den Vertheidiger vollkommen billigen und nichts mehr verdammen als die taktlose, man kann fast sagen, skandalöse Weise, in welcher in England, neuerdings auch in Frankreich, vielfach vertheidigt wird, wir verlangen nur, daß die Empfindlichkeit, welche gegenüber den Auslassungen des Vertheidigers bemerkbar ist, auch angesichts der Vertretung der Anklage sich nicht abgestumpft zeigt, daß die Sensibilität sich beiden gegenüber geltend macht. Daß dies in sehr, sehr vielen Fällen nicht geschieht, empfindet gerade der feinfühlige Vertheidiger, welcher sich aus seiner Jugendzeit noch einen Rest des von der Routine verlachten und verspotteten Idealismus bewahrt hat, besonders schmerzlich, gerade ihm geht die Kränkung ganz besonders nahe, welche in dieser Tieferstellung sich ausspricht, und wenn wir bei vielen unserer tüchtigsten Berufsgenossen heute eine gewisse Abneigung gegen die Uebernahme einer Vertheidigung beobachten können, so ist dieselbe nicht zuletzt auf den hier gerügten Mißstand zurückzuführen, welcher nicht nur der Stellung und dem Ansehen des Vertheidigers in den Augen des Publikums Eintrag thut, sondern auch auf die Interessen der Angeklagten in schädlichster Weise einwirkt. Das intime Verhältniß, welches zwischen Gericht und Staatsanwaltschaft besteht, existirt in Deutschland zwischen der Vertheidigung und dem Gerichte leider nicht, obschon es nicht etwa in minderem, sondern in höherem Maße geboten wäre, es kann sich auch hier nicht bilden, so lange der Vertheidigung noch der ausnahmsweise Charakter anhaftet und buchstäblich findet auf die deutschen Verhältnisse die Bemerkung Mayer's Anwendung „eine intimere Annäherung kann durch die wohlgemeintesten Bestimmungen der Gesetze nicht erzwungen werden, weil eben die nächste Voraussetzung dieses für die Rechtspflege wohlthätigen Einklangs die rückhaltsloseste Achtung vor der Aufgabe der Vertheidigung, das vollste Verständniß für ihre reinen Bestrebungen bildet*) Das Mißtrauen, welches die Gesetzgebung gegenüber der Vertheidigung empfindet, ist auch den Gerichten eigen, und mit einigem Recht kann sich der Richter darauf berufen, daß er sich im Einklang mit dem Gedanken des Gesetzgebers befindet, wenn er dem Vertheidiger nicht das Maß von Vertrauen und Entgegenkommen zeigt, wie dem Staatsanwalte. Thöricht ist es, diese verletzenden Unterschiede den Personen zur Last legen zu wollen, nicht in persönlichen Verhältnissen ruht die Ursache, sondern in dem System, in jenem πρῶτον ψεῦδος liegt die Wurzel jenes Mißstandes, welches nicht zu erkennen vermag, daß die Vertheidigung in allen Fällen ein nothwendiges Element des Verfahrens bildet, und eine gründliche Verkennung dessen, woran es bei uns gebricht, ist es, wenn man anstatt in diesem Punkte den Mittelpunkt der nothwendigen Reform zu erblicken, sich mit der Verbesserung nebensächlicher Punkte abgiebt, die, so wichtig sie auch im Einzelnen sein mögen, doch niemals im Stande sein werden, der Vertheidigung die ihrer Würde entsprechende Stellung zu verschaffen.

So unbefriedigend die Stellung derselben im Hauptverfahren ist, im Vorverfahren ist sie es noch in bedeutend höherem Grade und das Mißtrauen, mit welchem der Gesetzgeber der Vertheidigung begegnet, prägt sich auch für das blödeste Auge in dem gerade winzigen Maß von Rechten aus, welche der Vertheidiger während desselben ausübt. Nach der deutschen Strafprozeßordnung beschränken sich die Befugnisse der Vertheidigung während des Vorverfahrens auf die Anwesenheit bei der Einnahme eines gerichtlichen Augenscheins sowie bei der Vernehmung eines Zeugen und Sachverständigen, dessen Aussage in der Hauptverhandlung verlesen werden wird. Die Akteneinsicht ist dem Vertheidiger erst nach dem Schluß der Voruntersuchung gestattet. Man wird die Aengstlichkeit des Gesetzgebers, welcher befürchtete, durch weitergehende Rechte könne der Vertheidiger sein Amt dazu mißbrauchen, der Justiz Schwierigkeiten zu machen, aus dem Inhalte dieser minimen Rechte deutlich erkennen, die in der Praxis mitunter auch noch verkümmert werden. Die neuesten Strafprozeßgesetzentwürfe Frankreichs und Belgiens haben sich mit Recht diesem System nicht angeschlossen, sondern die Vertheidigung während der Voruntersuchung mit Befugnissen ausgestattet, welche ihr eine Wirksamkeit zu Gunsten des Beschuldigten auch in Wirklichkeit ermöglichen. Der französische Entwurf vom 17. November 1879 bestimmt, daß der Angeschuldigte von Beginn der Voruntersuchung einen Vertheidiger erhält, der das Recht hat, allen Prozeßhandlungen, also nicht nur allen Zeugen- und Sachverständigenvernehmungen, sondern auch den verantwortlichen Vernehmungen des Beschuldigten beizuwohnen, ein äußerst wichtiger und bedeutsamer Fortschritt, der geeignet ist, für den langen Stillstand, welcher auf strafprozeßualem Gebiete in der Gesetzgebung Frankreichs geherrscht hat, zu entschädigen. Der Entwurf gab ferner dem Vertheidiger das Recht, gegen die

*) A. a. O. S. 67.

Beschlüsse der Rathskammer, sowie die Verfügungen des Untersuchungsrichters Rechtsmittel einzulegen und sogar unmittelbar auf den Gang des Verfahrens einzuwirken, sofern es zur Entdeckung der Wahrheit zweckdienlich erscheint. Nicht so weit geht der neue belgische Entwurf, aber trotzdem bedeutet auch er einen Fortschritt gegenüber dem deutschen Recht. Die Anwesenheit des Vertheidigers bei der verantwortlichen Vernehmung erlaubt er um deßwillen nicht, weil, wenn auch anderwärts die Untersuchungsrichter hier und da übersehen hätten, daß ihr Beruf nicht darin bestehe, sie zu Dienern des öffentlichen Ministeriums zu machen, ja unglückliche Vorgänge doch die Ausnahme bildeten und in Belgien die ärgerlichen Praktiken, die Verwirrungen in den Geist des Beschuldigten bringen, ebenso unbekannt seien, wie die moralischen Torturen, um ihm ein zweifelhaftes Geständniß zu entreißen, eine Behauptung, die zwar für das nationale Selbstgefühl spricht, aber gleichwohl mit einem großen Fragezeichen versehen werden dürfte. Dagegen giebt der Entwurf dem Untersuchungsrichter die Befugniß, schon während der Voruntersuchung die Akten dem Vertheidiger mitzutheilen, um diesen in die Lage zu setzen, die nach dem Stand der Sache nothwendigen Anträge zu stellen; ist der Beschuldigte in Untersuchungshaft, so muß dieselbe binnen fünf Tagen nach seiner Vernehmung durch die Rathskammer bestätigt werden und den betreffenden Berathungen der Kammer kann der Vertheidiger beiwohnen, letzterer kann sich unmittelbar nach dem Verhöre frei mit jenem unterreden, sofern dies nicht ausdrücklich untersagt wurde, was jedoch niemals für einen längern Zeitraum als für acht Tage gestattet ist u. s. w. Das Maß der in Deutschland dem Vertheidiger während der Voruntersuchung eingeräumten Rechte erscheint also den beiden Gesetzgebungen nicht genügend, um den Angeschuldigten gegenüber der beinahe schrankenlosen Macht des Untersuchungsrichters in ausreichender Weise zu sichern. Die Bedenken des deutschen Gesetzgebers, daß eine mit umfassenden Befugnissen ausgestattete Vertheidigung der Erledigung des Verfahrens Schwierigkeiten bereiten, Hindernisse in den Weg legen werde, machten sich auch bei der Ausarbeitung der erwähnten Entwürfe geltend, allein mit Recht wurden sie nicht als beachtenswerth anerkannt und die Worte, mit denen der belgische Gesetzgeber sie abweist, sind so treffend, daß sie jedem Gesetzgeber als nachahmungswürdiges Vorbild empfohlen werden können. „L'avocat assistant", heißt es in dem Berichte des Abgeordneten Thonissen, „aux actes de l'information, pourra sans doute abuser de sa position pour entraver la marche régulière de la procédure, mais cet abus sera toujours une exception. Les sentiments d'honneur et de dignité qui constituent le glorieux patrimoine du barreau serviront de sauvegarde à la justice. Le rôle de l'avocat, dans le cours de l'instruction préparatoire, consistera simplement à veiller à ce que les formes légales soient observées et à ce que la vérité ne soit pas alterée au detriment de son client." Wie schon erwähnt, darf auch der deutsche Vertheidigerstand den Anspruch erheben, daß ihm das in diesem schönen Ausspruch enthaltene Vertrauen zu Theil werde und es kann nicht genug bedauert werden, daß wir in Deutschland noch nicht diejenige Stufe der Rechtsentwickelung erreicht haben, auf welcher Staat und Gesetzgebung sich zu den gleichen Auffassungen rückhaltslos bekennen. Aus Mißtrauen gegen den Vertheidiger verkürzt man die Garantien des Angeklagten gegen ungerechte Verurtheilungen, aus mißtrauischer, argwöhnischer Aengstlichkeit beruhigt man sich dabei, daß die Vernehmung des Angeschuldigten in der Voruntersuchung, bestimmt als Mittel der Rechtfertigung und Entlastung desselben zu dienen, sich in ein Mittel der Anschuldigung umwandelt und ausschließlich die Zwecke des öffentlichen Anklägers fördert, aus dem gedachten Motive kann man sich nicht dazu entschließen, mit diesem Zustande, welchen der französische Entwurf als eine abus regrettable bezeichnete, zu brechen und ihn durch einen der Interessen der Gerechtigkeit entsprechenderen zu ersetzen. Das Bedauerlichste bei diesem System ist, daß unter seiner Herrschaft die Vertheidigung gar nicht in der Lage ist nachweisen zu können, wie unbegründet das Mißtrauen, wie ungerechtfertigt die Aengstlichkeit ist; so lange sie sich nicht völlig frei nach allen Seiten hin entfalten und bewegen kann, so lange ihrer Kraft nicht der freie Spielraum gewährt wird, wie er dem öffentlichen Ankläger eingeräumt ist, so lange ist sie unfähig durch ihr Verhalten in schlagender Weise darthun zu können, daß kein Mißtrauen in geringerem Grade sachlich gerechtfertigt erscheint, wie das ihr entgegengebrachte. Man räume erst einmal die Schranken hinweg, welche ihre Thätigkeit einengen, man beseitige erst einmal die Verklauselungen und Vorbehalte, welche die Geltendmachung ihrer gesetzlichen Befugnisse in Wirklichkeit von dem Belieben des Untersuchungsrichters und des Vorsitzenden abhängig machen, man stelle sie erst einmal nicht auf dem Papier, sondern thatsächlich der Staatsanwaltschaft gleich, man beseitige ihren Ausnahmecharakter und mache sie zu einem nothwendigen Element des Strafverfahrens und man wird die Erfahrung machen, daß sie sich ihres hohen Berufs voll und ganz würdig zeigt, man wird feststellen können, daß sie des Vertrauens im höchsten Grade werth ist, und daß die Fehler und Mißgriffe, welche bei Einzelnen hier und da vorkommen, hinwegfallen, weil sie die Folgen der gegenwärtigen Halbheit, nicht aber der Vertheidigung an und für sich sind. Nebenbei sei bemerkt, daß diese Fehler und Mißgriffe keineswegs die Bedeutung haben, wie man von mancher Seite her behauptet, auf welcher man mit geheimem Grimm auf die Machterweiterung blickt, welche die Vertheidigung während des letzten Menschenalters zu erringen gewußt hat. Gewiß sind die Fehler und Mißgriffe, welche sich besonders „schneidige" Staatsanwälte zu Schulden kommen lassen — und nach einer sehr verbreiteten Ansicht ist ja die Schneidigkeit die vorzüglichste Eigenschaft des Staatsanwaltes — nicht weniger, wie die Vertheidiger, trotzdem jenen nicht die Entschuldigung zur Seite steht, daß sie auf Umwegen und mittelst gewisser Praktiken die Stellung zu erlangen suchen, die ihnen ein wirkliches Eingreifen in den Prozeß gewährt. So lange aber letzteres nicht der Fall ist, hat man kein Recht der Vertheidigung vorzuwerfen, daß sie der von ihr angestrebten Stellung nicht werth sei, so lange letzteres nicht geschehen, muß mit der größten Bestimmtheit gegen jede Behauptung Verwahrung eingelegt werden, welche von dieser oder einer ähnlichen Unterstellung ausgeht. Daß trotz der schwierigen Verhältnisse, mit welchen sie zu rechnen hat, trotz der fortwährenden Kämpfe um die Erlangung der unbedingt nothwendigen Rechte die Vertheidigung in Deutschland Leistungen aufzuweisen in der Lage ist, welche mit den Erfolgen der Ver-

theidigung in England und Frankreich thunlichst in die Schranken treten können, ist ein Beweis dafür, daß sie von der Bedeutung ihres Berufes durchdrungen ist und, in ihrer Mehrheit wenigstens, für den Adel und idealen Charakter desselben das Verständniß nicht eingebüßt hat. Wenn dem gegenüber gerade in der neuesten Zeit von dem Einreißen einer „handwerksmäßigen Routine" gesprochen wird, für welche nur der animus lucri faciendi das treibende Motiv bilde, wenn davon die Rede ist, daß der Vertheidiger in Deutschland in allen Fällen auch gegen seine beste Ueberzeugung für die Unschuld seiner Klienten plaidire, wenn man behauptet, daß in Folge dieser handwerksmäßigen Behandlung das moralische Niveau eine Einbuße erlitten habe, so wurde oben schon bemerkt, daß in jedem Stande Elemente vorhanden sind, welche der Gutgesinnte lieber heute als morgen entfernt wissen möchte und es liegt uns fern, zu bestreiten, daß es Vertheidiger giebt, auf welche jene Charakterisirung zutrifft. Ob dieselben verhältnißmäßig jetzt zahlreicher sind wie früher, ist uns unbekannt; wenn wir auch die Richtigkeit dieser Behauptung für einzelne große Städte zugeben wollen, in welchen sich bereits die Anfänge eines Anwaltsproletariates mit den schlimmen Konsequenzen zeigen, von denen jedes gelehrte Proletariat begleitet ist, so ist die Anschuldigung doch im Großen und Ganzen unserer Ueberzeugung nach nicht nachzuweisen und niemals darf aus vereinzelten Erscheinungen, die wie auch dem schärfsten Tadel preisgeben, ein Recht abgeleitet werden, der Vertheidigung die gebührende Stellung noch länger zu verweigern.

Haben wir bisher dargethan, daß die Stellung der Vertheidigung in Deutschland als eine unbefriedigende zu bezeichnen ist, so fragt es sich nunmehr, in welchen Punkten des bestehenden Rechtes der Hebel der Reform vor allem angesetzt werden muß?

Schon oben wurde bemerkt, daß der Ausnahmecharakter der Vertheidigung am meisten durch die Beschränkung der nothwendigen Vertheidigung auf eine kleine Anzahl von Delikten am meisten gestützt wird; jeder Schritt, welcher den Kreis der nothwendigen Vertheidigung erweitert, beseitigt somit diesen Charakter in gewissem Umfange. Was die Befugnisse der Vertheidung im Hauptverfahren anlangt, so dürfte die Reform weniger bei der Gesetzgebung als bei der Rechtsübung liegen. Die Rechtsübung muß sich daran gewöhnen, in dem Vertheidiger ein nothwendiges Element des Verfahrens zu erblicken, sie muß sich mit dem Geiste erfüllen, welcher unter den englischen Richtern lebt, sie muß davon absehen, auch ferner das Rechtsgefühl verletzende Unterscheidungen zwischen dem Ankläger und Vertheidiger zu machen, sie muß sich davon überzeugen, daß dieser nicht minder der hehren Göttin mit der Wage und dem Schwerte dient, wie jener, sie muß aber vor Allem darauf verzichten, durch kleinliche, nörgelnde, engherzige und verknöcherte Auslegung der Bestimmungen der Strafprozeßordnung seine Befugnisse zu schmälern und zu verringern. Dies läßt sich weder durch Gesetzesparagraphen noch durch Ministerialerlasse erreichen, sondern kann nur die Folge einer bessern Einsicht in das Wesen der Vertheidigung sein, nur die Folge eines Eindringens in den Geist des neuen Verfahrens und eines radikalen Bruches mit den alten überwundenen und verrotteten Traditionen der früheren Zeit. Daß das bittere Wort, welches unser Kollege, der Dr. jur. Goethe in gerechtem Unmuth über den Rechtszustand seiner Zeit aussprach, so vielfach buchstäbliche Wahrheit enthält, zeigt die Rechtsübung im Strafverfahren bei mehr denn einem Punkte, allein vielleicht bei keinem Zweiten mit solcher Deutlichkeit wie bei der Vertheidigung, wo das neue Gebot mit den alten Anschauungen in eine Kollision geräth, deren Kosten der Angeklagte zu tragen hat. An der Rechtsübung ist es, solche Kollisionen unmöglich zu machen, an ihr ist es, mit vollem Verständniß für den im Strafverfahren eingetretenen Wechsel die großen Wahrheiten des Parteiprozesses und der Gleichstellung der Parteien zu verwirklichen.

Anders verhält es sich mit der Stellung der Vertheidigung im Vorverfahren, namentlich in der Voruntersuchung; hier muß der Gesetzgeber zeigen, daß er nicht nur die großen Grundsätze aufzustellen, sondern auch deren praktische Konsequenzen zu ziehen weiß. Selbstverständlich können wir hier, wo wir die Stellung der Vertheidigung behandeln, die so dringliche Verbesserung des Vorverfahrens nicht eingehender erörtern, nur so weit dieselbe mit der Hebung der Vertheidigung identisch ist, kann darauf Rücksicht genommen werden. Die hauptsächlichsten, in dieser Beziehung aufzustellenden Forderungen dürften folgende sein: Unbeschränkter schriftlicher und mündlicher Verkehr des Vertheidigers mit dem Beschuldigten, Anwesenheit desselben bei allen Vernehmungen des Beschuldigten, der Zeugen und Sachverständigen, mit einem Worte, bei allen Prozeßhandlungen, gleichviel welcher Art und welchen Inhaltes, Akteneinsicht zu jeder Zeit und ohne Rücksicht auf den Stand des Verfahrens, endlich das Recht, gegen die Beschlüsse der Beschlußkammer nicht minder Beschwerde erheben zu können, wie gegen die Verfügungen des Untersuchungsrichters. Im Vergleiche zu diesen Postulaten erscheint es von geringerer Wichtigkeit, daß der Vertheidiger ein Recht besitzt, den Verhandlungen der mit einer Entscheidung über die Verhaftung des Angeschuldigten betrauten Kammer beizuwohnen. Die Aufstellung derselben bildet keineswegs ein phantastisches Programm; in England sind sie seit langer, langer Zeit Bestandtheile des geltenden Rechtes und, wie eben erwähnt, ist man in Frankreich damit beschäftigt, die den Bedürfnissen und Anschauungen unserer Zeit absolut nicht mehr entsprechenden Bestimmungen des code d'instr. crim. durch ein Gesetz zu ersetzen, welches den hier aufgestellten Forderungen durchaus gerecht wird. Es wäre nun allerdings eine unentschuldbare Illusion, wollte man verkennen, daß die Reformirung des deutschen Strafprozeßrechtes im Sinne dieser Ausführungen auf die erheblichsten Schwierigkeiten stoßen wird, es wäre wohlfeiler Selbstbetrug, sich darüber täuschen zu wollen, daß vielleicht in keinem Lande die Erreichung dieses Zieles so schwer ist wie in Deutschland. Gründe hierfür anzugeben, dürfte überflüssig sein; für Jeden, dem die Geschichte der deutschen Rechtsentwickelung nicht ein Buch mit sieben Siegeln ist, liegen sie auf der Hand. Wenn wir trotzdem der Ansicht sind, daß über kurz oder lang auch das deutsche Recht sich der Aufgabe nicht wird entziehen können, der Vertheidigung eine dem Rechtsstaate entsprechende Stellung zu verschaffen, so berechtigt uns zu dieser Hoffnung die Entwicklung, welche die Vertheidigung bisher genommen hat. Im Kampfe mit widerstrebenden Gewalten hat sie sich ihre Befugnisse erringen müssen, unter den schwierigsten Verhältnissen mußte sich sich ihre jetzige Stellung erstreiten; kein Fuß breit wurde ihr ohne heftigen Kampf überlassen, seit ältester Zeit mußte sie im Kampfe um's Recht ihr Recht erstreiten, und

wenn Iherings Wort wahr ist, daß die Vorsehung es mit denjenigen besonders gut meint, welche sie zu heißem Streite für ihr Recht nöthigt, so muß sich die Vertheidigung der Gunst derselben in hervorragendem Maße erfreuen, denn ihr wurde es in der That nicht leicht gemacht, auch nur die nothwendigsten Befugnisse ihr Eigen nennen zu dürfen. Es war ein großes Unglück für die Ausbildung des deutschen Strafverfahrens, daß man sich bei dem Erlaß der früheren Strafprozeßgesetze an das Vorbild des code d'instr. crim. anschloß, anstatt im englischen Rechte das einer Nachahmung würdige Vorbild zu erblicken. Nachdem nun auch in Frankreich die nothwendigen Schritte geschehen sind, um das Strafverfahren nach dem Vorbilde des englischen umzugestalten, wird es hoffentlich auch in Deutschland mit der sinnlosen Vergötterung des französischen Rechtes ein Ende haben und damit für die Reform der Vertheidigung der nothwendige Boden geschaffen sein.

Wir würden uns einer wesentlichen Unterlassung schuldig machen, wollten wir unerwähnt lassen, daß zur Erreichung dieses Zieles die Vertheidigung selbst sehr viel beitragen kann. Mit Recht hat Mayer bemerkt, daß die Vertheidigung nicht bloß für den Tag, nicht ausschließlich für den einzelnen Fall, sondern auch für die höhere Idee der Rechtspflege arbeitet, daß sie für die Anerkennung ihrer berechtigten und erhabenen Stellung kämpft. Auch die Vertheidigung hat ihre Ideale und jeder Vertheidiger muß sich bewußt sein, daß er für diese ficht. Glühende Hingabe an die Vertheidigung, nicht die gleichgültige, apathische Pflichterfüllung der Blasirtheit muß von jedem Vertheidiger verlangt werden, die Uebernahme der Offizialsachen darf nicht als eine unbequeme Last und Bürde betrachtet werden, von der sich der damit Betraute gerne „drückt", die er ebenso durchführt wie die Primadonna die Rolle der Lückenbüßerin, sondern sie muß als Ehrenpflicht gelten, als Ehrenamt, dem sich zu unterziehen der Vertheidiger nicht minder bereit sein sollte wie zu der Uebernahme einer Civilsache, mit welcher ein hoher Gebührensatz verbunden ist. Von sachverständiger Seite wird behauptet, daß in dieser Beziehung nicht Alles so sei wie es sein sollte, daß insbesondere die Auffassung der Offizialvertheidigung als Ehrenamt, die in dem französischen Barreau so lebendig ist, in den Kreisen der deutschen Vertheidiger als ideale Schwärmerei verspöttelt werde. Wir glauben nicht, daß diese Behauptung für einen erheblichen Theil der deutschen Vertheidiger zutrifft, wie dem aber auch sei, niemals darf die Vertheidigung außer Acht lassen, daß sie ihr Schicksal und ihre Zukunft zum Theil selbst in Händen hat, und daß Nichts geeigneter ist, sowohl bei den Gerichten, wie auch bei der Gesetzgebung die Ueberzeugung von ihrer Entbehrlichkeit zu erwecken, als die gleichgültige, blasirte Absolvirung der Pflicht, als die widerwillige, jedes Eifers und jeder Wärme baare Erledigung der zugewiesenen Aufgabe. Sapienti sat. *)

*) So sehr die Redaktion den Ausführungen unseres geehrten Herrn Mitarbeiters, wie sie hier geboten wurden, im Großen und Ganzen beizutreten in der Lage ist, so glaubte sie dennoch den obigen Aufsatz nicht abdrucken zu dürfen, ohne einige Bemerkungen beizufügen. Die Antipathie der großen Masse gegen die Vertheidigungen liegt unserer Auffassung nach weniger in der Annahme, daß ein bezahlter Vertheidiger für den Angeklagten auftritt — wie oft werden Offizial-Vertheidigungen mit demselben Kopfschütteln und spöttischem Zweifel von dem „Umstande" aufgenommen, als die honorirten. Sie liegt in dem Gerechtigkeitsgefühl, aber auch Egoismus der Gesellschaft, welche für jeden Angriff auf dieselbe auch eine Rache, Strafe verlangt und dabei eben nicht skrupulös ist, ob der Angeklagte auch der Thäter wirklich gewesen. Wenn Brandstiftungen, Räubereien in einer Gegend häufig vorfallen und dieselbe beunruhigen, dann richtet sich derselbe Widerwillen der Masse auch gegen den Untersuchungsrichter und Staatsanwalt, wenn diese amtlichen Persönlichkeiten sich hüten, ebenso rasch gegen einen etwa Verdächtigen vorzugehen, als man allgemein wünscht. — Ein Vertheidigeramt entbehrt meiner Auffassung nach der großen Wohlthat, daß der Angeklagte nicht mehr die Wahl hat, wem er sein Vertrauen schenken will, abgesehen davon, daß die meisten Angeklagten gegen alles Amtliche sogar ein gewisses Mißtrauen haben. Die Vertheidigung würde schon durch die Aenderungen im Vorverfahren, wie sie der Herr Verfasser angedeutet hat, nicht bloß im Sinne der Gerechtigkeit, sondern auch im Sinne der Staatswohlfahrt förderlicher zu wirken imstande sein, während jetzt durch die Hilfsorgane der Staatsanwaltschaft im Ermittelungsverfahren einerseits gar manches Material zur Kenntniß der Richter gebracht wird, das eine nähere Prüfung nicht verträgt, als andererseits die von dem Angeschuldigten der Strafkammer angebotenen Beweismittel häufig genug nicht erhoben werden und als endlich das Berufungsrecht des Staatsanwalts gegen den Beschluß der Strafkammer, während dem Beschuldigten ein solches Recht nicht zusteht, ein unberechenbares Uebergewicht der Anklage gegen die Vertheidigung bildet. Zu allen dem kommt, daß gegen Verstöße im Vorverfahren es kein Rechtsmittel der Nichtigkeit giebt und daß das Recht des Angeklagten, Zeugen in die öffentliche Sitzung zu laden, unter einer Reihe von Einschränkungen illusorisch gemacht werden kann.

S. H.

Zur Frage der Liquidation der Preußischen Notare für Interventionserklärungen von Nothadressen.

Mittelst Verfügung vom 30. Juni 1887 hatte der Präsident und der Oberstaatsanwalt des Kammergerichts ihre Auffassung über einzelne Streitfragen bezüglich Liquidation von Notaren bekannt gegeben, u. A. über die Liquidation für Interventionserklärungen von Nothadressen, dahin:

„Wenn bei der Protesterhebung Mangels Zahlung oder Mangels Annahme der Wechsel noch eine Nothadresse zur Zahlung oder Annahme vorgelegt und von dem oder den Nothadressaten eine Erklärung abgegeben worden ist, pflegen einzelne Notare außer dem Satze des § 16 des Tarifs vom 10. Mai 1851 für die Aufnahme des Protestes auch noch für jede von dem Notar aufgenommene Erklärung der Nothadressaten nach § 19 des Tarifs ¹/₂ der nach § 16 zu erhebenden Gebühren zu liquidiren.

Dieses Verfahren vermögen wir nach dem Sinne der gesetzlichen Bestimmungen nicht für gerechtfertigt zu erachten. Der Tarif unterscheidet, wie auch in der Instruktion des Herrn Justizministers vom 10. September 1851 hervorgehoben ist, hauptsächlich nur einseitige und zwei- oder mehrseitige Verträge oder Geschäfte, bestimmt aber im § 16 auch einen allgemeinen Satz für solche Geschäfte, welche zwar nicht die Natur einer einseitigen Erklärung oder eines zweiseitigen Vertrages haben, aber unter andern Bestimmungen des zweiten Abschnitts nicht subsummirt werden können, wie z. B. Taxationen, Wechselproteste u. s. w. Bei derartigen nicht zu den einseitigen Erklärungen oder zweiseitigen Verträgen gehörenden Geschäften ist die Anwendbarkeit

des § 19 des Tarifs schon um deshalb ausgeschlossen, weil bei demselben von der Instrumentirung einer accessorischen Verbindlichkeit eines Dritten keine Rede sein kann. Die Protesterhebung insbesondere bezweckt nur die urkundliche Feststellung bestimmter Thatsachen und kann daher zur Instrumentirung principaler oder accessorischer Verbindlichkeiten überhaupt nicht dienen. Der § 19 bezieht sich vielmehr nur auf den Fall der in dem ersten Satze des § 16 erwähnten Aufnahme einseitiger Erklärungen und findet unseres Dafürhaltens eine unzutreffende Anwendung, wenn einzelne Notare auf Grund desselben bei der Ausdehnung einer Protesterhebung auf Nothadressaten jedesmal die ihnen nach § 16 zustehende Gebühr um die Hälfte erhöhen. Die Notare werden vielmehr ihre Gebühr auch dann, wenn sich die Protesterhebung auf eine Reihe von Nothadressaten erstreckt, nur auf den einmaligen Satz des § 16 zu beschränken haben, da gemäß Art. 88, 89 der Wechselordnung die Aufnahme des Protestes einschließlich der Erklärung etwaiger Nothadressaten immer nur als ein einheitlicher Akt aufzufassen ist."

Dem entgegen hat der Präsident des Oberlandesgericht Naumburg auf eine darüber, daß für Interventionserklärungen von Nothadressen die erhöhte Gebühr des § 19 des Tarifs zum G. K. G. vom 10. Mai 1851 von einem Notar angesetzt war, diese Erinnerung nicht gebilligt. In dem Bescheide vom 27. September 1887 (I. 10 634/87) heißt es:

„Es ist zwar richtig, daß der Wortlaut des § 19 des Tarifs zum Gesetze vom 10. Mai 1851 gegen die Zulässigkeit der erhöhten Gebühr im Falle der Aufnahme von Interventionserklärungen des Nothadressaten in den Wechselprotest spricht, da der letztere nicht als eine einseitige Vertragserklärung zu erachten ist.

Indem aber die mit Gesetzeskraft erlassene Min. Instr. vom 1. Juni 1854 Nr. 53 Abs. 2 den im § 16 des Tarifs nicht aufgeführten Wechselprotest den dort erwähnten Vertragserklärungen gleichstellt und ihn bezüglich der Gebühren in derselben Weise, wie diese, im § 16 cit. behandelt wissen will, erfordert es die Rechtsanalogie, daß nunmehr auch die Bestimmungen des § 19 cit. in gleicher Weise auf den Wechselprotest, wie auf die einseitigen Vertragserklärungen angewandt werden." K—r.

Aus der Praxis der Strafsenate des Reichsgerichts.
(Präjudizien aus November und Dezember 1887.)

I. Zum Strafgesetzbuch.

1. § 5 Ziff. 1, § 7.

Eine nur theilweise vollzogene Strafe gilt nicht als vollzogen im Sinne des § 5 Ziff. 1. Vielmehr ist eine That, deren Verfolgung im Inlande zulässig ist, wenn dieselbe im Auslande begangen und abgeurtheilt und die Strafe theilweise vollzogen war, im Inlande nochmals abzuurtheilen und die vollzogene Strafe nach § 7 an der Strafe abzurechnen. Urth. des II. Sen. v. 15. November 1887 (2649/87).

2. §§ 43, 46, 49, 120.

Der strafbaren Beihülfe zum Versuche der Gefangenbefreiung ist derjenige schuldig, welcher zur Anschaffung von Werkzeugen Geld hergab, ohne daß die Befreiung bewirkt wurde, auch wenn er seinen Willen geändert haben sollte, oder seine Beihülfe ohne Einfluß auf den Erfolg gewesen wäre oder wenn der Thäter wegen Rücktritt zum Versuch straflos bleibt. Versuch der Beihülfe ist straflos. Urth. des IV. Sen. v. 13. Dezember 1887 (2693/87).

3. § 44 Abs. 2, 4, § 214.

Die Strafe des Versuches eines Verbrechens, welches wahlweise mit der Strafe des lebenslänglichen und des zeitigen Zuchthauses bedroht ist, wie dies bei Todschlag nach § 214 der Fall ist, kann ebenfalls wahlweise nach § 44 Abs. 2 oder 4 bemessen und auf Zulässigkeit der Polizeiaufsicht erkannt werden. Urth. des III. Sen. v. 24. November 1887 (2544/87).

4. §§ 48, 49, 73.

Anstiftung durch Ueberredung und Beihülfe durch Rath können ideell konkurriren. Urth. des IV. Sen. v. 22. November 1887 (2637/87).

5. § 49a.

Eine nicht ernstlich gemeinte Aufforderung zur Begehung eines Verbrechens ist nicht strafbar. Der Umstand, daß die Aufforderung vom Aufgeforderten als ernstlich verstanden wurde, ist ohne Bedeutung. Ob in einer Aeußerung eine Aufforderung liegt, ist Sache thatsächlicher Interpretation. Urth. des IV. Sen. v. 20. Dezember 1887 (2843/87).

6. § 57 Ziff. 3.

Wenn der Thäter das achtzehnte Jahr noch nicht überschritten hat, sind auch Geldstrafen und sogar absolut angedrohte gegen ihn zu mildern. Urth. des III. Sen. v. 5. Dezember 1887 (2634/87).

7. §§ 128, 129.

Ein die Reichstagswahl einer bestimmten Person bezweckender Verein kann als Verbindung im Sinne der alleg. Paragraphen aufgefaßt werden und hat der Thatrichter das Erforderniß längerer Dauer zu beurtheilen. Eine besondere Organisation ist nicht erforderlich, es genügt die Unterordnung des Einzelnen unter den irgend wie ausgedrückten Gesammtwillen. In Preußen müssen Wahlvereine als politische angezeigt werden. Die Geheimhaltung des Vereins kann nicht Zweck, aber Mittel zur Verhinderung obrigkeitlicher Maßregeln sein. Urth. des II. Sen. v. 8. November 1887 (2142/87).

8. §§ 129, 73 Str. G. B., §§ 19, 22 R. Ges. v. 21. Oktober 1878 gegen die gemeingefährlichen Bestrebungen der Sozialdemokratie.

Im Falle der Idealkonkurrenz von strafbarer Verbindung und Verbreitung verbotener Druckschriften kommt nur die Strafe des § 129 zur Anwendung und kann daneben nicht auf Zulässigkeit der Beschränkung des Aufenthalts erkannt werden. Urth. des I. Sen. v. 22. Dezember 1887 (2995/87).

9. § 131.

Die Kritik von Handlungen einer früheren, der Geschichte angehörigen Regierung, bezüglich deren eine Kontinuität mit der dermalen bestehenden Regierung nicht anzunehmen ist, kann nicht aus § 131 bestraft werden. Urth. des II. Sen. v. 29. November 1887 (2700/87).

10. § 140 Ziff. 1.

Wenn die Freisprechung eines Wehrpflichtigen, der sich der Wehrpflicht entzogen hat, darauf begründet ist, daß der Beschul-

digte das wehrpflichtige Alter erst erreicht habe, nachdem mehr als zehn Jahre seit der Auswanderung verlaufen sind, so ist die Feststellung erforderlich, daß die Abwesenheit eine ununterbrochene war. Urth. des IV. Sen. v. 22. November 1887 (2317/87).

11. § 156.

Ein preußischer Amtsrichter ist befugt, in dem Verfahren wegen Auseinandersetzung eines Vaters mit seinen erstehelichen minderjährigen Kindern behufs Eingehung einer zweiten Ehe dem Vater die Bestätigung des Inventars durch eine eidesstattliche Versicherung bekräftigen zu lassen. Urth. des II. Sen. v. 2. Dezember 1887 (2729/87).

12. § 163 Abs. 2.

Der Widerruf einer falschen eidesstattlichen Versicherung ist wirksam, wenn er als Folge eines Zwangs zur Eidesleistung erfolgt ist, jedoch muß er sich als Abänderung der früheren Aussage darstellen und ist verspätet, wenn in Folge der falschen Aussage eine Zwangsvollstreckung eingestellt worden war. Urth. des II. Sen. v. 6. Dezember 1887 (2785/87).

13. § 176 Ziff. 3.

Die Feststellung, der Angeklagte habe für möglich gehalten, daß das gemißbrauchte Kind noch nicht 14 Jahre alt sei, erfüllt den zur Verurtheilung genügenden Eventualdolus. Urth. des IV. Sen. v. 20. Dezember 1887 (3025/87).

14. § 183.

Wenn die Aergerniß gebende That, unbestimmt von wie vielen Personen wahrgenommen werden konnte, so ist dieselbe öffentlich geschehen, wenn auch von der That nicht umfaßte Personen dieselben weder gesehen haben noch sehen konnten. Urth. des II. Sen. v. 22. November 1887 (2712/87).

15. § 218, 43.

Wenn eine Weibsperson, welche ihre Leibesfrucht abtreiben will, ein hiezu bestimmtes Mittel in den Mund nimmt, um es zu verschlucken, dasselbe aber des widerlichen Geschmackes halber sofort wieder ausspeit, hat dieselbe einen Anfang der Ausführung des Verbrechens bewirkt, nicht eine bloße Vorbereitungshandlung. Urth. des III. Sen. v. 1. Dezember 1887 (2379/87).

16. §§ 226, 227, 73.

Die Feststellung, daß eine und dieselbe Person durch dieselbe Handlung Körperverletzung mit Erfolg des Todes des Verletzten und Betheiligung an einer Schlägerei begangen habe, ist nicht rechtsirrig. Urth. des III. Sen. v. 10. Dezember 1887 (2866/87).

17. § 237.

Eine Entführte ist nicht minder zur Unzucht gebracht, wenn die Entführung erfolgte, um dadurch den Mißbrauch der Entführung zur Unzucht möglich zu machen, als wenn es geschah, um ein schon bestehendes unzüchtiges Verhältniß fortzusetzen. Urth. des III. Strafsen. vom 17. November 1887 (2438/87).

18. § 253.

Wenn eine Drohung angewendet wurde, um die Zurücknahme einer Klage zu erzwingen, so muß der Thatrichter feststellen, ob die Klage eine begründete oder doch zweifelhafte war oder nicht und hängt es hiervon ab, ob die angestrebte Zurücknahme einen rechtswidrigen Vermögensvortheil enthält oder nicht. Urth. des II. Sen. v. 23. Dezember 1887 (2827/87).

19. § 259.

Wer ohne Uebertragung von Seite des Thäters einer strafbaren Handlung, sondern selbstständig zur Erfüllung eines eigenen Interesses, z. B. zur Deckung einer Forderung gegen den Thäter, den Besitz einer durch eine strafbare Handlung erlangten Sache ergreift, kann wegen Diebstahls oder Unterschlagung u. dergl., nicht aber wegen Hehlerei bestraft werden. Urth. des III. Sen. v. 8. Dezember 1887 (2537/87).

20. §§ 260, 49, 50.

Zur Strafbarkeit der Beihülfe zu gewohnheitsmäßiger Hehlerei ist erforderlich, daß der Gehülfe selbst gewohnheitsmäßig handelt. Urth. des IV. Sen. v. 6. Dezember 1887 (2815/87).

21. § 260.

Die Feststellung des Gerichts, ein der Hehlerei Angeklagter habe in einer fortgesetzt auf Erzielung eines Vermögensvortheils gerichteten Absicht gehandelt, genügt weder zur Annahme der Gewohnheits- noch der Gewerbsmäßigkeit. Urth. des IV. Sen. v. 9. Dezember 1887 (2883/87).

22. §§ 263, 74 Str. G. B., § 10 R. Ges. v. 14. Mai 1879 betr. den Verkehr mit Nahrungsmitteln.

Die Fälschung von Nahrungsmitteln und der dadurch vorbereitete Verkauf der gefälschten Nahrungsmittel konkurriren real, ebenso eine Mehrheit von Betrügereien unter sich beim Verkauf, selbst wenn hierauf schon bei der Fälschung die Absicht gerichtet war. Urth. des I. Sen. v. 8. Dezember 1887 (2717/87.)

23. § 263.

Das Verschweigen von Thatsachen begründet ein Unterdrücken derselben, wenn eine Rechtspflicht des Angeklagten zur Mittheilung besteht, oder wenn derselbe sich in einer auf Täuschung berechneten Weise dabei verhält. Urth. des IV. Sen. v. 20. Dezember 1887 (2881/87).

24. § 266 Ziff. 1.

Ein Vater, der nach rheinischem Recht als Vormund seiner Kinder ein Objekt verwaltet, an dem ihm Nießbrauch zusteht, kann daran Untreue begehen, selbst wenn er gemäß § 247 Abs. 2 wegen Unterschlagung nicht bestraft werden könnte. Urth. des I. Sen. v. 24. November 1887 (2590/87).

25. §§ 267, 48.

Die Unterzeichnung einer Urkunde mittels eines falschen Namens im Einverständnisse mit dem berechtigten Namensträger ist als Urkundenfälschung strafbar, wenn sie zum Zwecke unbefugter Täuschung Anderer erfolgt und kann der berechtigte Namensträger sogar als Anstifter der That erscheinen. Urth. des I. Sen. vom 14. Nov. 1887 (2200/87).

26. §§ 286, 73 Str. G. B., R. Ges. v. 29. Mai 1885, betr. Abänderung des Gesetzes wegen Erhebung von Reichsstempelabgaben §§ 21—25 Bek. v. 3. Juni 1885.

Die öffentliche Veranstaltung einer Ausspielung und Stempelhinterziehung können in idealem Zusammenflusse vorkommen und kann bei Anwendung der schwereren Strafe des § 286 Str. G. B. unter das Strafminimum des Stempelgesetzes herabgegangen werden. Urth. des I. Sen. v. 10. November 1887 (2369/87).

27. § 289.

Ein Schaden des Verpächters oder Vermiethers ist bei Anwendung des § 289 auf eigenmächtige Wegnahme von Illaten nicht erforderlich. Es ist deshalb die That auch strafbar, wenn der Thäter zur Deckung des Verpächters genügende Illaten zurück-

gelassen hat. Urth. des IV. Sen. v. 16. Dezember 1887 (2088/87).

28. § 340.

Zur Verurtheilung eines der vorsätzlichen Mißhandlung im Amte verübt durch Ueberschreitung des Züchtigungsrechtes angeklagten Lehrers bedarf es nicht nur der Feststellung, daß er sich der Mißhandlung bewußt gewesen sei, sondern auch der weiteren, daß er sich der Ueberschreitung des Züchtungsrechtes bewußt war. Urth. des III. Sen. v. 1. Dezember 1887 (2600/87).

29. § 348.

Amtlich zugänglich ist für den Beamten jede Urkunde, bezüglich deren ihm seine Amtsbefugnisse die Möglichkeit gewähren, dazu zu gelangen. Zum Begriff der Urkunde gehört deren Bestimmung, Beweis zu liefern, wenn ihr auch diese Bestimmung erst nachträglich beigelegt wurde. Urth. des vereinigten II. und III. Strafsen. v. 19. Dezember 1887 (C. 5/87).

30. § 349.

Wenn ein Beamter im Amte Urkunden fälscht, nachdem er eine Zug um Zug für die gefälschte Urkunde zu gebende Leistung in Erwartung des vom Beamten zu Thuenden bereits erhalten hat, so schließt dies die schwerere Strafe der in der Absicht, einen Vermögensvortheil zu erlangen, begangenen That nicht aus. Urth. des III. Sen. vom 8. Dezember 1887 (2461/87).

31. § 352.

Gebührenüberschreitung kann mit Eventualdolus begangen werden. Urth. des I. Sen. v. 24. Nov. 1887 (2578/87).

32. § 367 Ziff. 3 Str. G. B., Franz. Ges. v. 21. germ. XI und pluv. XIII.

Die Strafbestimmungen französischer Gesetze über den Verkauf von Geheimmitteln sind durch die Kaiserliche Verordnung vom 4. Januar 1875, betr. den Verkehr mit Apothekerwaaren und § 367 Ziff. 3 cit. aufgehoben und ersetzt, nicht aber jene wegen öffentlicher Ankündigung von Geheimmitteln. Urth. des I. Sen. v. 21/28 Nov. 1887 (2543/87).

II. Zur Strafprozeßordnung.

1. §§ 51, 57, 236 Str. Pr. O.

Im Falle der Verbindung mehrerer selbständiger Prozeduren können diejenigen Personen, welche in einem Angehörigkeitsverhältniß nur zu einzelnen der mehreren Angeklagten stehen, ohne daß nach den Delikten und nach den wegen derselben Angeklagten unterschieden werden kann, als Zeugen nicht beeidet werden. Urth. des II. Sen. v. 13. Dezember 1887 (2921/87).

2. § 232 Str. Pr. O.

Wenn der Angeklagte vom Erscheinen in der Hauptverhandlung entbunden ist, kann das Gericht nur dann von der im Eröffnungsbeschluß der That gegebenen Qualifikation abweichen, wenn auch die neue Qualifikation das in § 232 bezeichnete Strafmaß nicht übersteigt. Urth. des IV. Sen. v. 25. November 1887 (2707/87).

3. §§ 237, 377 Ziff. 8 Str. Pr. O.

Der Vertheidiger ist befugt, die Höhe der auf den Gegenstand der Anklage anzuwendenden Strafe den Geschworenen gegenüber in Erörterung zu ziehen und kann eine Verhinderung hierbei als Beschränkung der Vertheidigung beurtheilt werden. Urth. des IV. Sen. v. 29. November 1887 (2690/87).

4. §§ 250, 222 Str. Pr. O.

Dem Angeklagten steht eine Revisionsbeschwerde zu, wenn zu einer kommissarischen Zeugenvernehmung, deren Protokoll in der Hauptverhandlung verlesen wurde, zwar der Angeklagte zugezogen, der dem Gericht bereits angezeigte Vertheidiger davon aber nicht benachrichtigt war, auch wenn in der Hauptverhandlung ein Protest oder ein Antrag gegen die Verlesung nicht erfolgt war. Urth. des III. Sen. v. 21. Dezember 1887 (2869/87).

5. § 257 Str. Pr. O.

Wenn am Schlusse der Hauptverhandlung von Seite des Angeklagten bezw. seines Vertheidigers ein Beweisantrag gestellt, event. Freisprechung beantragt wird, so kann der Beweisantrag abgelehnt und sodann das Urtheil verkündet werden, ohne vorher noch dem Angeklagten das Wort zu geben. Urth. des IV. Sen. v. 22. November 1887 (2602/87).

6. § 260 Str. Pr. O.

Als notorisch können Thatsachen nur dann für bewiesen angenommen werden, wenn dieselben so allgemein bekannt sind, daß kein vernünftiger Grund besteht, dieselben in Zweifel zu ziehen; und wenn die Notorietät zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht worden war. Urth. des II. Strafsen. v. 15. November 1887 (2410/87).

7. § 262 Str. Pr. O.

Wenn ein Angeklagter in der Hauptverhandlung auf eine Ausdehnung der Anklage vermöge eines veränderten rechtlichen Gesichtspunkts hingewiesen, dann aber die Verhandlung für längere Zeit ausgesetzt worden war, ohne daß dies mit der veränderten Anklage im Zusammenhange stand, so hat eine Aburtheilung ohne erneute Hinweisung die Aufhebung des Urtheils zur Folge. Urth. des II. Sen. v. 15. November 1887 (2292/87).

8. § 267 Abs. 2 Str. Pr. O.

Wenn die Urtheilsverkündung ausgesetzt ist, können die Gründe des Urtheils dennoch mündlich mitgetheilt werden, und schließt die dem entsprechende Beurkundung im Protokoll nicht aus, daß die Gründe schriftlich abgefaßt waren. Urth. des I. Sen. v. 14. November 1887 (2387/87).

9. §§ 292, 293 Str. Pr. O.

Bei Verbrechen begangen durch mehrere Fortsetzungshandlungen, von welchen jede den vollen Thatbestand enthält, können für die einzelnen Fortsetzungshandlungen getrennte Fragen gestellt und das Verhältniß derselben unter sich dadurch ausgedrückt werden, daß nun die erste Handlung als eine selbständige, die andern als nicht selbständige bezeichnet werden. Urth. des III. Sen. v. 28. November 1887 (2685/87).

10. §§ 292, 293, 294, 296 Str. Pr. O.

Die Stellung einer Frage, ob Angeklagter wiederholt gestohlen habe, ohne festzustellen, ob die angenommene Mehrzahl von Handlungen selbständige oder fortgesetzte Diebstähle bilden, führt zur Aufhebung des Urtheils. Urth. des IV. Sen. v. 25. November 1887 (1849/87).

11. § 293 Str. Pr. O., § 49 Str. G. B.

Es führt zur Aufhebung des Urtheils, wenn die von den Geschworenen bejahte Frage wegen Beihülfe zu einer Strafthat, dahin gestellt ist, ob der Angeklagte dem Thäter „bei“ der That, anstatt „zu“ der That Beihülfe geleistet habe. Urth. des II. Sen. vom 25. November 1887 (2598/87).

12. § 295 Str. Pr. O., § 46 Str. G. B.

Ueber den Strafausschließungsgrund des Rücktritts vom Versuch ist, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, eine besondere Nebenfrage zu stellen. Urth. des II. Sen. v. 25. November 1887 (2679/87).

13. § 317 Str. Pr. O.

Wenn das Gericht rechtsirrige Gründe dafür anführt, daß, obwohl die Geschworenen sich in der Hauptsache zum Nachtheile des Angeklagten geirrt haben, es doch die Verweisung an ein anderes Schwurgericht unterläßt, so kann das Urtheil durch Revision angegriffen werden. Wenn die Geschworenen eine Schuldform nach Ansicht des Gerichts irrig angenommen, eine andere irrig verneint haben, so kann von der Verweisung nach § 317 Gebrauch gemacht werden. Wenn jedoch durch den Irrthum keine andere Strafzumessung veranlaßt wäre, so gereicht der Irrthum dem Angeklagten nicht zum Nachtheil. Urth. des IV. Sen. v. 13. Dezember 1887 (2810/87).

14. § 397 Str. Pr. O.

Auf Theilnehmer, für die der gleiche Revisionsgrund spricht, ist die Anwendung des § 397 auch dann auszudehnen, wenn der Staatsanwalt zu Gunsten eines Angeklagten Revision ergriffen hat und wenn dies wegen Nichtanwendung eines rein persönlichen Strafmilderungsgrundes der Fall war, wie Jugend des Thäters. Urth. des III. Sen. v. 5. Dezember 1887 (2634/87).

15. §§ 417, 431, 433 Str. Pr. O.

Wenn ein Privatklageverfahren wegen Tod des Privatklägers eingestellt ist, kann der Staatsanwalt nicht mehr in das Verfahren eintreten; nach Umständen aber noch die öffentliche Klage stellen. Urth. des II. Sen. v. 6. Dezember 1887 (2723/87).

16. §§ 472, 475 Str. Pr. O.

In dem Verfahren gegen Abwesende, welche sich der Wehrpflicht entzogen haben, können die bei den Akten befindlichen, die Auswanderung des Wehrpflichtigen betreffenden Anzeigen und Berichte berücksichtigt werden, müssen jedoch verlesen werden, wenn sie nicht blos persönliche Wahrnehmungen enthalten, in welchem Falle sie durch Vernehmung der Wahrnehmenden als Zeugen zu erheben sind. Die Berücksichtigung ohne Erhebung ist unzulässig. Urth. des IV. Sen. v. 22. November 1887 c. B. (2317/87).

III. Zu verschiedenen Gesetzen strafrechtlichen und strafprozessualen Inhalts.

1. §§ 173, 175 Ger. Verf. Ges., § 274 Str. Pr. O.

Wenn das Protokoll der Hauptverhandlung weder beurkundet, daß ein Gerichtsbeschluß gefaßt worden war, obwohl die Oeffentlichkeit ausgeschlossen war, noch aus welchen Gründen dies geschah, so genügen beide als bewiesen anzunehmende Unterlassungen, die Aufhebung des Urtheils zu rechtfertigen. Urth. des IV. Sen. v. 9. Dezember 1887 (2879/87).

2. § 210 Ziff. 2 Konk. O., §§ 4, 10, 28 Hdls. Ges. B.

Als Höcker im Sinne des Gesetzes, die von der Buchführung im strengeren Sinne befreit sind, gelten Handelsleute mit Spezerei-, Mehl- und Gewürzwaaren nur dann, wenn sie den Handel auf Märkten, Straßen, unter Thorwegen u. dgl. sitzend, betreiben. Urth. des IV. Sen. vom 2. Dezember 1887 (2764/87).

3. § 210 Ziff. 2 Konk. O.

Die Vernichtung der Handelsbücher verliert dadurch nicht die Strafbarkeit, daß wortgetreue Abschriften derselben zurückbehalten wurden. Urth. des II. Sen. v. 6. Dezember 1887 (2730/87).

4. § 211 Konk. O.

Nicht nur zum Nachtheile der eigentlichen Konkurs-Gläubiger, sondern auch der zur Absonderung Berechtigten und der bloßen Realgläubiger kann Gläubigerbegünstigung begangen werden. Urth. des III. Sen. vom 24. November 1887 (2557/87).

5. § 212 Konk. O., § 257 Str. Ges. B.

Der Thatbestand des § 212 und jener einer Begünstigung eines betrügischen Bankeruteurs decken sich nicht. Dieser setzt die bereits begangene That eines Hauptthäters voraus, zu der sich nur ein Accessorium bildet, jener nicht einmal eine strafbare Handlung. Urth. des IV. Sen. vom 29. November 1887 (2414/87).

6. § 17 Milit. Strafp. Ordng. vom 3. April 1845 mit Verordn. v. 29. Dezember 1867.

Militärpersonen, welche aus den militärischen Verhältnissen gänzlich ausgeschieden sind, unterstehen nicht nur wegen militärischer Verbrechen, sondern auch wegen solcher Vergehen, die sie vor ihrem Ausscheiden begangen haben, der Civilgerichtsbarkeit. Urth. des III. Sen. v. 5. Dezember 1887 (2417/87).

7. § 35 Abs. 4 R. Gew. Ordng. v. 21. Juli 1869 (1. Juli 1883).

Hiernach müssen nicht nur die in § 35 bezeichneten, nach Wirksamkeit des Gesetzes begonnenen Gewerbebetriebe der zuständigen Behörde angezeigt werden, sondern auch alle früher begonnenen. Urth. des III. Sen. v. 17. November 1887 (1963/87).

8. § 119 Abs. 2 R. Gew. Ordng. v. 21. Juni 1869 (1. Juli 1883).

Das Gebot der Baarauszahlung des Lohns besteht auch gegenüber denjenigen Arbeitern, welche zu Hause arbeiten, jedoch bedarf es eines regelmäßigen, ein Abhängigkeitsverhältniß begründenden Arbeitsverhältnisses, welches nicht blos auf einzelnen Bestellungen beruht, jedoch auch durch Arbeiten für Andere nicht ausgeschlossen wird. Urth. des I. Sen. v. 17. November 1887 (2469/87).

9. § 152 R. Gew. Ordng. v. 21. Juni 1869, §§ 8, 16 preuß. Vereinsges. v. 11. März 1850.

Coalitionsfreiheit gemäß § 152 besteht nur auf dem Gebiete des gewerblichen Lebens, schließt aber die Anwendung der Vereinsgesetzgebung nicht aus, wenn gewerbliche Vereine durch Beschäftigung mit Verfassung, Verwaltung, Gesetzgebung, staatsbürgerlichen Rechten oder internationalen Verhältnissen den Charakter politischer Vereine annehmen. Urth. des III. Sen. v. 10. November 1887 (2105/87).

10. §§ 134, 135 Vereinszollges. v. 1. Juli 1869, Zolltarife v. 15. Juli 1879 u. 24. Mai 1885, Anmerk. zu 25 g 1.

Eingeführtes Fleisch im Gewichte von mehr als 2 Kilo's ist zollpflichtig, auch wenn das Gewicht sich nur dadurch ergibt, daß Fleisch, dessen Einfuhr verboten ist, und einfuhrfähiges im Gewichte nicht über 2 Kilo's zusammengepackt ist. Urth. des IV. Sen. v. 6. Dezember 1887 (2530/87).

11. § 9 Milit. St. G. B. v. 20. Juni 1872.

Wenn Civilgerichte auf Grund des Militärstrafgesetzbuches Strafen zu verhängen haben, so müssen sie statt der militäri-

schen Strafen die nächststehenden Strafgattungen des St. G. B. und zwar statt gelinden Arrest Haft erkennen. Urth. des III. Sen. v. 5. Dezember 1887 (2417/87).

12. § 114 Milit. St. G. B. v. 20. Juni 1872.

Das Borgen von Geld von Untergebenen ohne Genehmigung des Vorgesetzten ist an Militärpersonen strafbar, auch wenn kein besonderer Akt des Mißbrauchs der Dienstgewalt stattgefunden hat, vielmehr gilt dasselbe stets unter dem Einfluß der Dienstgewalt begangen. Urth. des III. Sen. v. 5. Dezember 1887 (2417/87).

13. § 6 Preßges. v. 7. Mai 1874.

Das Delikt des § 6 kann nicht blos vom Drucker, Verleger, Verfasser oder Herausgeber begangen werden, sondern auch von Dritten nach den allgemeinen Grundsätzen über Mitthäterschaft oder Theilnahme, die bloße Verbreitung eines solchen ordnungswidrigen Druckwerks enthält aber keine strafbare Theilnahme. Urth. des III. Sen. v. 28. November 1887 (2298/87).

14. §§ 45, 69 R. Ges. v. 6. Februar 1875 über die Beurkundung des Personenstands rc.

Es liegt keine Pflichtverletzung des Standesbeamten vor, wenn er die Versicherung der Thatsache, daß ein Nupturient noch nicht verheirathet sei, als glaubhaft annimmt, ohne einen Urkundenbeweis oder eidesstattliche Versicherung zu verlangen. Das Verlangen letzterer ist ein Recht, keine Pflicht. Eine Bestrafung des Standesbeamten findet nur wegen schuldhafter Pflichtverletzung statt. Urth. des III. Sen. v. 14. November 1887 (2242/87).

15. § 67 R. Ges., betr. die Beurkundung des Personenstandes u. s. w. v. 6. Februar 1875.

Ein Religionsdiener, welcher zu den religiösen Feierlichkeiten einer Eheschließung schreitet, nachdem ihm nachgewiesen ist, daß die Ehe im Auslande in einer dort gültigen Weise geschlossen worden war, ist nicht strafbar. Als Vorsatz einer nach § 67 strafbaren That genügt das Bewußtsein mangelnden Nachweises. Urth. des II. Sen. v 11. November 1887 (2071/87).

16. § 10 R. Ges. v. 14. Mai 1879 betr. den Verkehr mit Nahrungsmitteln rc., §§ 263, 73 Str. G. B.

Das Gallisiren und Petiotisiren von Wein ist als Fälschung von Genußmitteln strafbar und kann ideell mit Betrug konkurriren, wenn beim Verkauf eine stillschweigende oder ausdrückliche Täuschung des Käufers stattfand, daß Naturwein Gegenstand des Kaufes sei. Urth. des I. Sen. v. 12. Dezember 1887 (2671/87).

17. §§ 1, 2, 9 Abs. 2 R. Ges. v. 9. Juni 1884 gegen den verbrecherischen und gemeingefährlichen Gebrauch von Sprengstoffen.

Polizeiverordnungen, auch bergpolizeiliche, über die Anschaffung, Aufbewahrung, den Transport, die Verausgabung und Verwendung von Sprengstoffen fallen unter die Bestimmungen über den Verkehr mit Sprengstoffen im Sinne des § 9. Urth. des IV. Sen. v. 29. November 1887 (2300/87).

18. § 8 R. Ges. v. 9. Juni 1884 betr. den verbrecherischen Gebrauch von Sprengstoffen rc.

Ein erlaubter Zweck im Sinne des Gesetzes liegt vor, wenn der Gebrauch des Sprengstoffes zum Verbrauch ein erlaubter ist. Urth. des IV. Sen. v. 22. November 1887 (2015/87).

19. § 13 c. 1 Zolltarif v. 24. Mai 1885.

Die in der Anmerkung zu obiger Stelle den Grenzindustrien eingeräumte Befreiung vom Holzeinfuhrzoll kann nur vom Einführenden für Holz zum Zwecke der eigenen Industrie geltend gemacht werden, nicht aber zu Gunsten eines andern, wenn gleich selbst Berechtigten. Urth. des III. Sen. v. 28. November 1887 (1925/87).

20. Preuß. Stempelges. v. 7. März 1822.

Die durch Briefwechsel geschlossenen Verträge sind stempelpflichtig, wenn dadurch ein Vertragsinstrument ersetzt werden soll, nicht aber dann, wenn der Briefwechsel lediglich die Bestimmung hatte, die Willensübereinstimmung der Kontrahenten herbeizuführen. Urth. des II. Sen. v. 30. Dezember 1887 (2871/87).

Vom Reichsgericht.*)

Wir berichten über die in der Zeit vom 1.—20. Januar 1888 ausgefertigten Civilerkenntnisse.

I. Die Reichsjustizgesetze.

Zum Gerichtsverfassungsgesetz.

1. Der Klage liegt ein vermögensrechtlicher Anspruch zu Grunde. Der demgemäß für die Zulässigkeit der Revision nach der Regel des § 508 C. P. O. erforderliche Werth des Beschwerdegegenstandes ist nicht vorhanden, da der Werth des ganzen Streitgegenstandes nach der von den Parteien nicht beanstandeten Festsetzung der Vorderrichter nur 10—15 Mark beträgt. Von den in § 509 C. P. O. zugelassenen Ausnahmen kann nach Lage der Sache nur die der Nr. 2 zu Gunsten solcher Ansprüche, für welche die Landgerichte ohne Rücksicht auf den Streitwerth ausschließlich zuständig sind, in Betracht kommen, und in dieser Beziehung, da der Bekl., ein Landesbeamter ist, es sich nur fragen, ob die Klage einen Anspruch im Sinne des § 70 Abs. 3 des Deutschen G. V. G., bezw. des § 39 Nr. 2 des Preußischen Ausführungsgesetzes, mithin einen Anspruch gegen einen öffentlichen Beamten wegen Ueberschreitung seiner Amtsbefugniß oder wegen pflichtwidriger Unterlassung einer Amtshandlung zum Gegenstande hat. Diese Frage ist verneint worden. Die gedachten Bestimmungen, welche eine Ergänzung des § 70 Abs. 2 des Deutschen G. V. G. bezwecken und mit diesem an das bestehende Reichsrecht (§ 154 des Reichsbeamtengesetzes vom 31. März 1873) sich anschließen, haben aber Schadensansprüche gegen öffentliche Beamte aus pflichtwidrigen Amtshandlungen derselben im Auge. Dies ergiebt nicht allein die Wortfassung, sondern auch der Grund der Vorschriften, daß dergleichen Ansprüche naturgemäß das öffentliche Interesse berühren und deshalb eine einheitliche rechtliche Beurtheilung vermöge unbeschränkter Zulassung zur Revision erheischen (vergl. Protokolle der Reichs-Justiz-Kommission S. 617—620, § 11 E. G. zum Deutschen G. V. G., Laband, Deutsches Staatsrecht Bd. 1 S. 440 ff., Turnau Justizverfassung Bd. 1 S. 356, Struckmann-Koch und v. Wilmowsky-Levy Kommentare zu § 70 des Deutschen G. V. G.). Ein derartiger Anspruch liegt aber der gegenwärtigen Klage nicht zu Grunde. Der Gerichtsvollzieher

*) Nachdruck ohne Angabe der Quelle verboten.

nimmt allerdings gegenüber derjenigen Partei, für welche er handelt, eine doppelte Rechtsstellung ein, die des Staatsbeamten und die des Mandatars (vergl. Plenarbeschluß des R. G. Entscheidungen Bd. 16 S. 396). Der jetzige Bekl. ist aber ausweislich des Thatbestandes der Vorinstanzen nur auf Rückgabe eines der Kl. gehörigen und von dieser ihm mit einem Vollstreckungs-Auftrage übergebenen Schuldtitels in Anspruch genommen, wobei der Streit im wesentlichen sich auf die Frage beschränkt, ob der Bekl. die Rückgabe bereits bewirkt hat oder nicht. Danach handelt es sich lediglich um einen Anspruch aus dem civilrechtlichen Mandatsverhältniß, bei welchem sich ein publizistisches Interesse, wie es für die oben bezeichnete Zuständigkeitsausnahmen vorausgesetzt wird, nicht geltend gemacht. IV. C.-S. i. S. Brüggemann c. Goltz vom 19. Dezember 1887, Nr. 235/87 IV.

Zur Civilprozeßordnung.

2. Ueber die Erstattungspflicht des unterlegenen Gegners entscheidet allein der § 87 der C. P. O. Danach gilt von dem Prinzip des freien richterlichen Ermessens in Bezug auf die Nothwendigkeit der zur zweckmäßigen Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung entstandenen Kosten eine Ausnahme sowohl in der Richtung, daß die Gebühren und Auslagen eines Rechtsanwalts, dessen sich der Obsiegende bedient, stets zu erstatten sind, wie in der Richtung, daß die Gebühren für mehrere Anwälte nur in den beiden Fällen, welche im Schlußsatz des Abs. 2 daselbst aufgeführt sind, erstattet werden. Insbesondere wird durch die Fassung des Abs. 2 und namentlich des Schlußsatzes die Auslegung ausgeschlossen, als sollten die Gebühren und Auslagen für mehrere Rechtsanwälte in anderen als den beiden besonders bezeichneten Fällen nur zu den nicht nothwendigerweise zu erstattenden, vielmehr in Betreff der Erstattungsfähigkeit dem freien richterlichen Ermessen unterliegenden gehören. Ebenso erscheint es im Hinblick auf den § 13 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte, welcher zu den gebührenpflichtigen Thätigkeiten eines Rechtsanwalts als Prozeßbevollmächtigter auch den Geschäftsbetrieb einschließlich der Information zählt, durchaus willkürlich, die Bestimmung des § 87 Abs. 2 vollständig oder auch nur in Betreff des Schlußsatzes lediglich auf die Gebühren und Auslagen von Rechtsanwälten für ihre Thätigkeit vor dem erkennenden Richter zu beschränken. Das Prinzip des Schlußsatzes des Abs. 2 ist, daß für eine Thätigkeit, die nach seinen gesetzlichen Zuständigkeiten ein Anwalt ausüben kann, die Partei auch nur Gebühren und Auslagen eines Anwalts zur Erstattung stellen kann, mag sie es auch für angemessen gehalten haben, sich dafür mehrerer Anwälte neben einander zu bedienen, und mag dies vielleicht auch vom Standpunkte eines sorgfältigen Mannes aus für sie räthlich gewesen sein. Das Gesetz will hier zu Gunsten der unterliegenden Partei eine feste Grenze ziehen, da deren Kostenlust sonst leicht ungemessen anschwellen könnte. Es geht bei der Frage der Erstattungspflicht davon aus, daß für die Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung genügend gesorgt ist, wenn die Partei für eine Thätigkeit, die ein Anwalt ausüben kann, einen Anwalt hat und es überläßt es der Partei, für Verstärkungen ihrer Position, die sie durch Hinzuziehung noch anderer Anwälte vorzunehmen für angemessen findet, auf eigene Kosten zu sorgen. Aus dem aufgestellten Prinzip ergeben sich zugleich seine Grenzen. Bedient sich eine Partei bei einem auswärts zu erhebenden oder bereits erhobenen Prozesse für den Verkehr mit dem auswärtigen Prozeßbevollmächtigten eines heimischen Anwaltes, so steht der Erstattung der Prozeßgebühr des Letzteren, § 44 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte, das Prinzip des § 87 Abs. 2 der C. P. O. nicht deshalb entgegen, weil auch die Prozeßgebühr, welche der Prozeßbevollmächtigte erhält, zu erstatten ist. Vielmehr wird es sich hier fragen, ob die Partei nach ihrer Persönlichkeit zu einem eigenen schriftlichen Verkehr mit dem auswärtigen Prozeßbevollmächtigten, durch welchen diesem die erforderliche Information zu Theil werden kann, außer Stande gewesen ist und, wenn dies der Fall, ob nicht durch Reisen zum Prozeßbevollmächtigten erheblichere Kosten entstanden sein würden, so daß hier allerdings das Prinzip des § 87 Abs. 1 zur Anwendung kommen würde. Auf einen solchen Fall bezieht sich der in Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. XV S. 402 flg. abgedruckte Beschluß des II. C. S. des R. G., der daher mit der hier entwickelten Auffassung des § 87 Abs. 2 der C. P. O. nicht im Widerspruch steht. Im vorliegenden Falle handelte es sich um die Vertretung in der Revisionsinstanz, für welche nach der Natur des Rechtsmittels eine Information über Thatsachen ausgeschlossen und grundsätzlich davon auszugehen ist, daß der Anwalt beim Revisionsgericht auf Grund der Einsicht des anzufechtenden Urtheils und der Prozeßakten durchaus in der Lage sein muß, die sachgemäßen Entschließungen zu treffen und die entsprechenden Anträge zu stellen und zu begründen. Findet es eine Partei für angemessen, den Rechtsanwalt beim Revisionsgericht durch Hinweise oder Darlegungen ihres vorinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten zu unterstützen — ein Verhalten, dessen Zweckmäßigkeit unter Umständen durchaus nicht in Abrede gestellt werden soll —, so muß sie dies auf ihre eigenen Kosten thun. Von den gleichen Grundsätzen sind der III. und IV. C. S. in den Beschlüssen III. 44/83, abgedruckt in Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. IX S. 356 flg., III. 75/87, IV. 21/82, IV. 26/86 ausgegangen. Auch kann der in den Annalen des R. G. Bd. VIII S. 443 flg. abgedruckte Beschluß des V. C. S. des R. G. V. 81/83 nicht im Widerspruch hiermit erachtet werden, da in demselben ausdrücklich in erster Reihe erklärt ist, daß an dem Beschlusse III. 44/83 festgehalten werde und der nur event. daran geknüpfte Gesichtspunkt als die Entscheidung nicht beeinflussend nicht in Betracht kommen kann. I. C. S. i. S. Mätzerei A. G. c. Kröplin vom 4. Januar 1888, B. Nr. 73/87 I.

3. Kl. hat mit der vorliegenden Klage seinen auf das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers gestützten Widerspruch gegen die von A. veranlaßte Zwangsvollstreckung in verschiedene in der dem B. vermietheten Wohnung befindliche Sachen geltend gemacht. Die Klage ist gegen die genannte Gläubigerin A. und den Schuldner B. gerichtet; beide sind daher nach § 690 C. P. O. als Streitgenossen anzusehen. Erkannt ist nach dem Klageantrage zunächst gegen B. durch Versäumnißurtheil unter Auferlegung der Kosten des Rechtsstreits, sodann auf eine spätere, in Ansehung der Kosten kontradiktorische, Verhandlung gegen A., welcher ebenfalls zur Tragung der Kosten des Rechtsstreits verurtheilt wurde. Hiernach sind diese gleichlautenden Entscheidungen zwar auf Grund verschiedener Verhandlungen und in getrennten Urtheilen, aber doch in demselben Prozeß ergangen, da eine

Anordnung, daß die Sache in getrennten Prozessen zu verhandeln (§ 136 der C. P. O.), nicht erlassen worden ist. Die beiden Bekl. sind also als Streitgenossen nicht blos in Anspruch genommen, sondern auch verurtheilt worden und haften als solche gemäß § 95 der C. P. O. für die Kostenerstattung — soweit nicht die Prozeßführung des einen Theiles besondere Kosten verursacht hat, — nach Kopftheilen, da eine solidarische Verpflichtung von dem Richter weder ausgesprochen, noch durch die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes begründet ist. Insbesondere kann daraus, daß der Prozeß nicht durch ein Urtheil beendet worden, daß vielmehr zwei Endurtheile ergangen und in jedem dieser Urtheile die Kosten dem betheiligten Bekl. ohne Einschränkung auferlegt worden sind, die solidarische Verpflichtung der beiden Bekl. nicht hergeleitet werden. Der von dem Richter auch ohne Parteiantrag von Amtswegen (§ 279 Absatz 2 a. a. O.) zu entscheidende Kostenpunkt fand seine definitive Erledigung erst durch das den anhängig gewordenen Rechtsstreit erschöpfende zweite Urtheil. In Ansehung seiner sind daher beide Urtheile zusammenzufassen, gleich als wenn in einem und demselben Urtheile über die Kosten des Rechtsstreits entschieden worden wäre. Mit Recht hat hiernach das O. L. G. in seiner hier angefochtenen Entscheidung den § 95 a. a. O. für anwendbar erachtet, und die daraus sich ergebende antheilige Verpflichtung der Bekl. der Kostenfestsetzung zu Grunde gelegt. V. C. S. i. S. Schönwald c. Ebert vom 21. Dezember 1887, B Nr. 116/87 V.

4. Der Werth des Streitgegenstandes bildet allerdings die Grundlage für die Festsetzung der von der unterlegenen Partei zu erstattenden Kosten und ist deshalb, sofern irgendwie Zweifel bezüglich der Höhe desselben bestehen, vor der Festsetzung der Prozeßkosten durch besonderen Beschluß festzusetzen. Aber daraus folgt nicht, daß jede Aenderung bezüglich der Festsetzung des Werthes des Streitgegenstandes erfolgt, auch eine Abänderung des Kostenfestsetzungsbeschlusses nach sich ziehen muß. Gegen diesen Festsetzungsbeschluß findet nach § 99 C. P. O. sofortige Beschwerde statt; derselbe kann also nur innerhalb der in § 540 Abs. 2 C. P. O. vorgesehenen Nothfrist angefochten und nach Abs. 3 dieses Paragraphen von dem Gericht, das die Kosten festgesetzt hat, nicht abgeändert werden. Eine solche unstatthafte Abänderung ist aber darin zu finden, daß das Gericht, weil inzwischen eine von der früheren abweichende Beurtheilung bezüglich des Werthes des Streitgegenstandes eingetreten ist, die Kosten in anderer Weise festsetzt. Ist eine Partei mit der Festsetzung der Kosten nicht einverstanden, weil sie annimmt, der Werth des Streitgegenstandes sei unrichtig bemessen worden, so kann sie dies auf dem Wege der sofortigen Beschwerde geltend machen. Hat dieselbe es aber unterlassen, diese rechtzeitig zu erheben, so kann sie nicht dadurch nachträglich eine Abänderung des Kostenfestsetzungsbeschlusses herbeiführen, daß sie eine andere Festsetzung des Werthes des Streitgegenstandes und wenn diese erfolgt ist, eine Abänderung des Kostenfestsetzungsbeschlusses beantragt. Auch dadurch, daß der Werth des Streitgegenstandes von Amtswegen erhöht oder herabgesetzt wird, kann eine Abänderung des in Rechtskraft erwachsenen Kostenfestsetzungsbeschlusses nicht gerechtfertigt werden. II. C.-S i. S. Faß c. Faß vom 3. Januar 1888, B. Nr. 123/87 II.

5. (Entmündigungsfall.) Die Rüge kann nicht für begründet erachtet werden, es verstoße die Einlegung der Berufung gegen die Vorschriften des § 156 der C. P. O. In dieser Hinsicht ist zunächst die Anschauung des B. G. zutreffend, daß das Gesetz die Staatsanwaltschaft hinsichtlich des Beglaubigungsrechts jedenfalls den Rechtsanwälten gleichstellen wollte und daß daher eine Beglaubigung des Schriftstücks, welches der Staatsanwalt zustellen läßt, durch den Staatsanwalt dem Gesetz entspricht. Das Revisionsgericht nimmt aber auch mit dem B. G. im Anschluß an die von diesem angeführte Rechtsansicht des I. C. S. des R. G. hinsichtlich der anwaltlichen Beglaubigungen (Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. VII S. 371 ff.) an, daß eine solche Beglaubigung nicht nothwendig eine eigenhändige Unterzeichnung von Seiten des Staatsanwalts erfordere, sondern daß sie schon in der vorliegenden Thatsache gefunden werden könne, daß dem Beglaubigungsvermerk, zum Zweck, die Beglaubigung zu vollziehen, der, die Bezeichnung „Oberstaatsanwalt am Gr. Bad. O. L. G." enthaltende Dienststempel des Staatsanwalts beigesetzt ist; mit dem O. L. G. erachtet das Revisionsgericht ferner als unerheblich, daß der Stempel nicht auch den Namen des Staatsanwalts enthält. II. C. S. i. S. Altenburger c. Staatsanwaltschaft vom 7. Januar 1888, Nr. 253/87 II.

6. Während nach dem schriftlichen Empfangsbekenntnisse des erstinstanzlichen Anwaltes der Kl., Justizraths X., demselben das erste Urtheil von dem gegnerischen Anwalte am 1. November 1885 zugestellt ist, hat die Einlegung der Berufung seitens der Kl. erst am 2. Dezember 1885, also nach dem Ablaufe der von dem bescheinigten Zustellungstage ab gerechneten einmonatigen Berufungsfrist, stattgefunden. Die Kl. hat geltend gemacht, daß das Urtheil in Wirklichkeit erst am 2. November 1885 zugestellt sei und die anders lautende Bescheinigung des Justizraths X. auf einem Versehen desselben beruhe. Der B. R. hat mit Recht diese Behauptung zur Erörterung gezogen, da das Empfangsbekenntniß des Anwalts im Sinne des § 181 Abs. 2 der C. P. O. eine Zeugnißurkunde ist, gegen welche der Beweis der Unrichtigkeit der bezeugten Thatsache zulässig ist (§ 383 ebenda; zu vergl. Entscheidungen des R. G. Bd. VIII. S. 328, Bd. XIII. S. 366, Bd. XV. S. 373). Andererseits ist aber vom B. R. auch mit Recht die Führung dieses Nachweises der Kl., welche die Unrichtigkeit der Bescheinigung behauptet, auferlegt worden. Eine Pflicht der Bekl., die Unzulässigkeit der Berufung nachzuweisen, wie von der Kl. geltend gemacht war, besteht nicht. Das B. G. hat von Amtswegen zu prüfen, ob das Rechtsmittel rechtzeitig eingelegt ist (§ 497 der C. P. O.), und mit Rücksicht hierauf kann es umsoweniger einem Bedenken unterliegen, daß es Sache der Kl. ist, dem Gerichte gegenüber die Unrichtigkeit des ihr entgegenstehenden Empfangsbekenntnisses ihres Anwaltes darzuthun. VI. C. S. i. S. Kirchengemeinde Mertendorf c. Landesschule Pforta vom 22. Dezember 1887 Nr. 315/87 IV.

7. Die Revision behauptet zunächst Verletzung des § 259 der C. P. O., weil der B. R. seine thatsächlichen Feststellungen lediglich auf die in den Strafakten enthaltenen Beurkundungen stütze und unter Bezugnahme auf dieselben das erhebliche Beweiserbieten des Bekl. abgelehnt habe. Diese Rüge konnte in vorliegender Sache nicht als begründet anerkannt werden. Die Benutzung der in einem anderen Prozesse, insbesondere in einem Strafverfahren erhobenen Beweise wird durch die C. P. O.

keineswegs unbedingt ausgeschlossen. Die im Strafprozesse aufgenommenen Beurkundungen liefern nach § 380 vollen Beweis dafür, daß die vernommenen Zeugen und Sachverständigen die beurkundeten Erklärungen abgegeben haben. Die Benützung des Inhaltes der Akten kann die Revision nur in dem Falle begründen, wenn dieselbe eine Verletzung der Grundsätze des Prozeßrechtes erkennen läßt, insbesondere also, wenn der Akteninhalt nicht den Gegenstand der mündlichen Verhandlung gebildet hat, oder wenn den unbeeidigten ohne Zuziehung der Prozeßparteien aufgenommenen Verhandlungen diejenige Bedeutung beigelegt wird, welche nach dem Gesetze nur den durch Eid bekräftigten, unter Beobachtung des Kontrol- und Fragerechts der Parteien stattgehabten Vernehmungen beigelegt werden darf. In der vorliegenden Sache waren die Strafakten in beiden Instanzen zum Gegenstande der mündlichen Verhandlung gemacht worden, und die Parteien haben ohne Widerspruch von dem ihnen zustehenden Rechte Gebrauch gemacht, zum Beweise ihrer thatsächlichen Behauptungen auf die von dem Strafrichter aufgenommenen Verhandlungen hinzuweisen, obgleich ihnen bekannt war, daß die Zeugenaussagen nicht beeidigt waren. Der B. R. war daher nicht gehindert, die vorgetragenen Vernehmungen zur Bildung seiner Ueberzeugung zu benutzen. II. C. S. i. S. Santy c. Thelen vom 23. Dezember 1887, Nr. 228/87 II.

8. Das Gericht muß allerdings den ganzen Inhalt der Verhandlungen und die Ergebnisse einer etwaigen Beweisaufnahme berücksichtigen, und auf diesen Grundlagen schließlich feststellen, ob eine thatsächliche Behauptung für wahr oder nicht wahr zu erachten sei; aber diese Entscheidung hat es nach freier Ueberzeugung zu treffen; das Gesetz hindert dasselbe nicht, auf die Gewinnung seiner Ueberzeugung auch der Wahrscheinlichkeit oder Unwahrscheinlichkeit von einzelnen thatsächlichen Beweismomenten einen Einfluß einzuräumen; überhaupt ist die Schlüssigkeit der thatsächlichen Momente für die gewonnene Ueberzeugung seiner freien Erwägung unter Verwerthung seiner Lebenserfahrungen anheimgestellt, und das Resultat dieser Erwägung der Kritik des Revisionsgerichts entzogen, soweit nicht die Verletzung einer Rechtsnorm untergelaufen ist. Es muß nur die Gründe, welche für seine Ueberzeugung leitend gewesen sind, angeben, damit es an einer Unterlage für die Prüfung, ob eine Rechtsnorm verletzt sei, nicht fehle. I. C. S. i. S. Lebbin c. v. Zydowitz vom 4. Januar 1888 Nr. 344/87 I.

9. Nach § 260 der C. P. O. hat, wenn unter den Parteien streitig ist, ob ein Schaden entstanden ist und wie hoch sich derselbe beläuft, der Richter hierüber unter Würdigung aller Umstände nach freier Ueberzeugung zu entscheiden. Sobald die Entschädigungspflicht nach den sonst geltenden allgemeinen Grundsätzen festgestellt ist, unterliegt die Beurtheilung des Kausalzusammenhangs zwischen dem schädigenden Ereignisse und einem behaupteten Schaden, sowie die Schadenshöhe dem richterlichen Ermessen. Diesem bleibt es überlassen, zu bestimmen, ob und in welchem Umfange eine Beweiserhebung durch Sachverständige anzuordnen oder der Beweisführer zum Schätzungseide zuzulassen sei. Daraus folgt, daß dem Beschuldigten keine „eingehende Substantiirung“ seines Schadens oder seines Interesses zugemuthet werden kann und daß vollends dann, wenn bereits feststeht, daß ein Schaden entstanden, ein Gewinn entgangen ist, eine Zurückweisung des Ersatzanspruchs wegen mangelnder Darlegung der Schadenshöhe — der Regel nach wenigstens — nicht erfolgen darf. In diesem Sinne hat sich das R. G. bereits wiederholt ausgesprochen. Vergl. Entscheidungen Bd. 9 S. 418, Bd. 10 S. 78. Es liegt auch ganz in der Natur der Sache, daß das Gesetz, wenn es einmal rücksichtlich der Begründung und des Beweises von Schadensersatzansprüchen den formalistischen Standpunkt des früheren im größten Theile Deutschlands in Geltung gewesenen Prozeßrechts aufgab und die freie richterliche Würdigung zum Grundsatz erhob, dieses Arbitrium nicht wiederum durch Vorschriften über die Substantiirung solcher Ansprüche beschränken konnte. III. C. S. i. S. Coburg-Gothaische Kreditgesellschaft c. Thüringer Malzfabrik vom 13. Dezember 1887, Nr. 200/87 III.

10. Nach § 487 der C. P. O. wird der Rechtsstreit in den durch die Anträge bestimmten Grenzen vor dem B. G. von Neuem verhandelt. In der gegenwärtigen Sache ging nun das Klage-Petitum, welches mit der Berufung wiederholt geltend gemacht worden, dahin, den Bekl. für verpflichtet zu erklären, dem Kl. allen durch das Versiegen der Brunnen auf seinem Gehöfte entstandenen Schaden zu ersetzen und denselben demgemäß schon jetzt zur Zahlung der Summe von 1490 Mk. — des bis zum Tage der Klage berechneten Schadensbetrages — zu verurtheilen. Bei der nach vorgängigem Beweisverfahren stattgehabten Schlußverhandlung II. J. ist dann klägerischer Seits jener Antrag so geändert resp. beschränkt worden — § 240 Nr. 2 l. cit. — wie er fol. 238 und 265 act. lautete: „über den Grund der Klage vorab erkennend den Bekl. zum Ersatze des Schadens zu verurtheilen, welcher dem Kl. dadurch entstanden, daß den beiden fraglichen Brunnen seit Mai 1882 das Wasser entzogen ist“ u. s. w. Diesen für die Berufungsinstanz maßgebenden Antrag hat sodann das O. L. G. mit der einzigen Modifikation, daß es nur eine Beeinträchtigung des Wasserstandes der Brunnen, nicht ein völliges Versiegen der letzteren annahm, in seinem Urtheile vom 16. Dezember v. J. zugesprochen. Damit war nun aber der Streitstoff der Berufungsinstanz erledigt, denn nur, soweit jener Antrag reichte, war die erstinstanzliche Entscheidung noch angegriffen und im Uebrigen rechtskräftig. Hiernach erscheint es unhaltbar, wenn das O. L. G. in seinem nachträglichen Erkenntnisse, welches sich als „Schlußurtheil“ bezeichnet, von der Annahme ausgeht, daß der der II. J. zugeführte Streitstoff durch das frühere Urtheil nicht vollständig erledigt sei. Auf den Grund, aus welchem jener Antrag nicht auch auf Schadenersatz für die Jahre 1880 bis 1882 gerichtet ist, kommt es dabei ersichtlich nicht an. Unbestritten war ferner bei dem Erlasse des Urtheils vom 16. Dezember v. J. die Schadenersatzfrage in ihrem ganzen Umfange zur Entscheidung im Prinzipe reif; das O. L. G. wollte, wie sich aus seinen Gründen ergiebt, ein Zwischen-Urtheil im Sinne von § 276 der C. P. O. erlassen, und hat das auch in der Urtheilsformel ausgesprochen. Verfehlt ist es daher, wenn das O. L. G. in dem angegriffenen Erkenntnisse ausspricht, daß jenes Urtheil materiell nur ein Theil-Urtheil gewesen sei, vergl. § 273 der C. P. O. Nach Erlaß des letzteren standen dem Kl. zwei Wege offen; er konnte entweder den Versuch machen, dasselbe im Wege der Revision aus § 130 der C. P. O. anzufechten,

oder wenn er den Fall des § 292 leg. cit. hier gegeben erachtete, der Vorschrift desselben entsprechend eine nachträgliche Entscheidung verlangen. Den einen oder anderen Weg hat der Kl. aber nicht eingeschlagen, und nachdem inzwischen das Urtheil vom 16. Dezember v. J. rechtskräftig geworden, war es nunmehr prozessualisch unzulässig, bei dem O. L. G. den Antrag auf weitere Zuerkennung von Schadensersatz für die Jahre vom Mai 1880 bis Mai 1882 zu stellen, und es kann deshalb das angegriffene Erkenntniß, welches diesem Antrage stattgegeben hat, nicht aufrechterhalten werden. II. C. S. i. S. Bergfiskus c. Bickelmann vom 28. Dezember 1887 Nr. 198/87 II.

11. (Preußisch-rechtlicher Fall.) Gegen die in dem Verfahren betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen ergehenden Entscheidungen findet nur sofortige Beschwerde statt. (§ 9 des Gesetzes vom 4. März 1879; § 86 des Gesetzes vom 13. Juli 1883; vergl. bez. der Zwangsverwaltung Jäckel zu § 139 des Gesetzes not. 1 in fine und zu § 154 not. 2 al. 2). Da abweichende Bestimmungen in Preußen nicht gegeben sind, so richtet sich das gedachte Rechtsmittel nach den Vorschriften der C. P. O., wie dies im § 86 des Gesetzes vom 13. Juli 1883 ausdrücklich erklärt ist. Demgemäß finden auf die in Immobiliarzwangsvollstreckungssachen erhobenen Beschwerden auch die §§ 94 und 531 der C. P. O. Anwendung. Darnach aber ist die gegen den auf sofortige Beschwerde ergangenen Beschluß des L. G. unter Beschränkung auf den Kostenpunkt eingelegte weitere Beschwerde durch den jetzt angefochtenen Beschluß mit Recht als unzulässig verworfen worden. § 94 schließt jede Anfechtung des Kostenpunktes, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird, aus. Dies gilt auch, wenn vor Einlegung des Rechtsmittels die Hauptsache sich erledigt hatte. Nach § 531 a. a. O. aber findet gegen eine in der Beschwerdeinstanz ergangene Entscheidung eine weitere Beschwerde nicht statt, soweit nicht in derselben ein neuer selbstständiger Beschwerdegrund enthalten ist. Ein solcher ist aber dadurch, daß die landgerichtliche Entscheidung dem Beschwerdeführer die Kosten der zurückgewiesenen Beschwerde auferlegt, nicht gegeben, da sich diese Entscheidung lediglich als die gesetzliche Konsequenz (§ 92 a. a. O.) aus der Zurückweisung des Rechtsmittels darstellt. V. C. S. i. S. Diltmann c. Zieger vom 7 Januar 1888, B. Nr. 2/88 V.

12. Der nach § 803 C. P. O. in dem Arrestbefehle festgestellte Geldbetrag richtet sich nicht nach dem (in der Regel noch unbekannten) Werthe des in Pfand zu nehmenden Gegenstandes, sondern es kann — wie auch die Motive (zu § 748 des Entwurfes) ergeben — nur der Betrag der durch den Arrest zu sichernden Forderung vom Gesetze als maßgebend für den Geldbetrag gemeint sein, gegen dessen Hinterlegung die Vollziehung des Arrestes gehemmt, resp. dessen Aufhebung verlangt werden kann. Da das Gesetz hiernach, wie auch in den Motiven ausdrücklich ausgesprochen ist, dem Schuldner nicht gestattet, den Arrest durch Hinterlegung eines dem Werthe des arrestirten Gegenstandes entsprechenden Geldbetrages zu lösen, wenn dieser den zur Sicherung der Forderung des Arrestgläubigers erforderlichen Betrag nicht erreicht, so hat der § 803 der C. P. O. auch nicht den Sinn, daß der Arrestgläubiger aus dem hinterlegten Gelde nur insoweit Befriedigung suchen können, als der Arrestgegenstand selbst ihm diese gewährt haben würde. Dem Berufungsgerichte ist daher auch darin beizutreten, daß der Satz, der Gläubiger habe an dem hinterlegten Gelde nicht mehr Rechte als an der Pfandsache, nur insofern wahr ist, als er das Eine wie das Andere nur behufs Sicherstellung der Zwangsvollstreckung wegen seiner Forderung in Anspruch nehmen kann, daß er aber unrichtig ist in dem Sinne, daß die Verwendung des Geldes zu diesem Zwecke denselben Beschränkungen unterliegen, denen die Zwangsvollstreckung in den Arrestgegenstand unterlegen haben würde, daß also z. B. der Gläubiger keine Befriedigung erlange, wenn nach § 690 der C. P. O. ein Dritter der Pfändung der Sache hätte widersprechen können oder wenn bei einem Zwangsverkaufe der Sache ein bevorrechteter Pfandgläubiger deren vollen Werth hätte in Anspruch nehmen können. Mit Recht findet das Berufungsgericht in der Betrachtung, daß hiernach unter Umständen die Lage des Gläubigers durch die Hinterlegung verbessert werden kann, keinen Gegengrund, da der Gläubiger zwar selbstverständlich durch die ohne sein Gehör und Zuthun erfolgende Aufhebung des Arrestes nicht benachtheiligt werden darf, jedoch nicht abzusehen ist, weshalb nicht die freiwillige Handlung des Schuldners, welche dieser im eigenen Interesse vornimmt, ihm zum Vortheile gereichen dürfe. Da überhaupt nur der Schuldner berechtigt ist, von der Befugniß zur Hinterlegung Gebrauch zu machen, ist es auch unerheblich, wenn die Klägerin geltend macht, ihre Absicht sei nur gewesen, sich ihr Recht zu erhalten, nicht aber, die Lage der Beklagten zu verbessern. I. C. S. i. S. North Eastern Banking Comp. L. c. Jones u. Comp. vom 18. Juni 1887 Nr. 139/149 I.

Zur Konkursordnung und dem Anfechtungsgesetz.

13. Die K. K. O. bestimmt in § 22: „Rechtshandlungen, welche vor der Eröffnung des Konkursverfahrens vorgenommen sind, können als den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam angefochten werden.“ Damit ist ausgesprochen, daß die erfolgreiche Anfechtung einer Rechtshandlung durch die Konkursgläubiger nur ihnen Rechte verschafft, anderen Betheiligten dagegen nicht zu statten kommt. Schon die Worte des Gesetzes ergeben dies. Dasselbe wird außerdem in den Motiven zu § 22 der K. K. O. S. 111 fg. und zu § 30—32 der K. K. O. S. 146 hervorgehoben. Im Verhältnisse zu anderen Betheiligten bleibt also die Handlung so lange als gültig bestehen, als sie nicht ebenfalls dieselbe wirksam anfechten. Die Folgen der Anfechtung ordnet § 30 Abs. 1 der K. K. O. näher dahin: „Was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, muß zur Konkursmasse zurückgewährt werden.“ Hiernach ist, wenn die angefochtene Handlung in der Bestellung einer Hypothek am Grundstücke des Gemeinschuldners bestand, das Grundstück von der Hypothek zu befreien und der beim Verkaufe des Grundstücks ausgefallene Betrag des Kaufpreises der Konkursmasse, an Stelle des Inhabers der Hypothek, zuzuweisen. Insbesondere können die im Range nachstehenden Hypothekengläubiger den Betrag nicht beanspruchen, da ihnen gegenüber die von der Konkursmasse angefochtene Hypothekenbestellung in ihren Folgen noch fortwirkt, falls sie nicht ihrerseits auch die Außerkraftsetzung der Hypothek erstreiten. Die

vorstehenden konkursrechtlichen Grundsätze sind in der angegriffenen Entscheidung richtig angewendet worden. Dieselbe stellt thatsächlich fest, daß der Kl. ein rechtskräftiges Urtheil erlangt hat, welches die Einbringenshypothek der verehelichten A. den Konkursgläubigern gegenüber für unwirksam erklärt, daß aber der nach der Einbringenshypothek eingetragene Bekl. die nämliche Hypothek nicht angefochten und sogar den anfänglich dagegen erhobenen Widerspruch zurückgenommen hat. Daraus wird mit Recht gefolgert, nur der Kl., nicht der Bekl., könne die auf die Einbringenshypothek vertheilten Kaufgelder fordern. Diese Erwägungen verstoßen namentlich nicht gegen den § 30 der K. K. O. Die Konkursmasse empfängt mit den fraglichen Erstehungsgeldern in der That dasjenige zurück, was durch die Hypothekenbestellung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners veräußert wurde. Der Gemeinschuldner begab sich, indem er sein Grundstück für das Einbringen der Ehefrau verpfändete, des Rechtes auf Ausantwortung des der Hypothekensumme entsprechenden Ueberschusses, welchen die für das Grundstück erzielten Kaufgelder nach Befriedigung der der Einbringensforderung vorgehenden Gläubiger ergeben. Dieses Recht entsteht wieder durch die Anfechtung der Hypothek, aber nur zu Gunsten des Anfechtenden, nicht zu Gunsten anderer Betheiligter, vor Allem nicht der nachfolgenden Hypothekengläubiger. Die angefochtene Hypothek ist nicht gänzlich aufgehoben. Die Bestellung der Hypothek muß in allen, nicht die Konkursmasse berührenden Beziehungen einstweilen noch als gültig erachtet werden. Sonstige Betheiligte können aus der vom Konkursverwalter unternommenen Anfechtung der Hypothek keinen Nutzen ziehen. Der Bekl. ist nicht befugt, den Rechtssatz für sich anzurufen, daß die nachstehenden Hypothekengläubiger an die Stelle der weggefallenen Hypothek treten. Ihm gegenüber ist die Hypothek noch vorhanden. Die Konkursmasse erlangt auch mit der Zutheilung der auf die Einbringenshypothek angewiesenen Erstehungsgelder keinen Vortheil, der ihr nicht gebührte. Sie erwirbt damit bloß das, was der Gemeinschuldner durch die Bestellung der Hypothek aufgegeben hatte; und sie bereichert sich nicht zum Schaden des Bekl. Der Bekl. hätte, sobald er nicht selbst die Einbringenshypothek anfocht, die dafür ausgeworfenen Erstehungsgelder auch in dem Falle nicht bekommen, wenn die Anfechtungsklage des Konkursverwalters unterlassen worden wäre. Daß der Konkursverwalter in Folge seiner Anfechtung höchstens den Rest beanspruchen dürfe, welcher etwa von dem Verkaufserlöse des Pfandgrundstücks verbleibt, wenn daraus zuvor alle sonst, mit Ausnahme des Einbringens, auf dem Grundstücke haftenden Schulden gezahlt werden, läßt sich deshalb nicht behaupten, weil alsdann seine Anfechtung den nach der angefochtenen Hypothek eingetragenen Gläubigern einen Gewinn bringen würde. Für letztere soll eben die Anfechtung des Konkursverwalters nach § 22 der K. K. O. keine Wirkung äußern. Diese Rechtsnorm verkennt Cosack, das Anfechtungsrecht S. 349 f. bei seinen gegentheiligen Ausführungen. Das von ihm (§ 63 Anmerkung 6, auch von Eccius, Preußisches Privatrecht, 5. Aufl. 1. Bd. § 114 Anmerkung 52 S. 783 und von Wilmowski, Reichskonkursordnung 3. Aufl. Anmerkung 3 zu § 22 S. 125) angezogene Urtheil des R. G. (abgedruckt bei Rassow und Küntzel, Beiträge Bd. 25 S. 111 f.) stützt sich nicht auf die K. K. O., sondern auf ältere preußische Gesetze, tritt daher mit der gegenwärtigen Entscheidung nicht in Widerspruch. VI. C. S. i. S. Schmidt c. Häntschel vom 5. Dezember 1887, Nr. 240/87 VI.

14. Der § 3 des A. G. erklärt unter Nr. 1 Rechtshandlungen eines Schuldners ohne Einschränkung für anfechtbar, wenn sie von ihm in der dem anderen Theile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen, vorgenommen sind, unter dieser Voraussetzung daher auch solche Handlungen, zu deren Vornahme er dem anderen Theile, weil der letztere ein Recht darauf hatte, verpflichtet war. Seine Absicht, eine solche Verpflichtung zu erfüllen, schließt mithin die Anfechtung ebenfalls nicht aus, wenn er nur zugleich, wie dem anderen bekannt war, die Benachtheiligung seiner Gläubiger beabsichtigte. Ebensowenig ist zu unterscheiden, ob die bezeichnete Verpflichtung auf einem anderen Grunde oder unmittelbar auf dem Gesetze beruht. Auch die in Gemäßheit des § 255 Thl. II Tit. 1 des A. L. R. von dem Ehemanne vorgenommene Sicherstellung des Eingebrachten der Frau kann deshalb, wenn schon nicht nach Nr. 4, doch nach Nr. 1 a. a. O. unter der angegebenen Voraussetzung angefochten werden. Vergl. Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. 16 S. 27 ff. Vor Allem ist aber hierzu eben die auf Benachtheiligung der Gläubiger gerichtete wirkliche Absicht des Schuldners erforderlich, das bloße Verschulden desselben also nicht ausreichend. Sein Bewußtsein, daß die Gläubiger durch die vorgenommene Rechtshandlung benachtheiligt werden können, genügt daher in dieser Beziehung ebenfalls an sich nicht, sondern nur dann, wenn es die Benachtheiligungsabsicht in sich schließt, was der Regel nach anzunehmen sein wird, wenn der Schuldner sich bewußt war, daß seine Handlung nothwendig die Benachtheiligung der Gläubiger herbeiführen müsse, oder, daß sie diese Folge aller Wahrscheinlichkeit dem gewöhnlichen Laufe der Dinge nach haben werde. Vergl. Entscheidungen des R. G. in Civilsachen, Bd. 11 S. 173 ff. Ob die bezeichnete Voraussetzung der Anfechtung zutrifft, ist eine thatsächliche Frage, welche der B. R. im vorliegenden Falle verneint. VI. C. S. i. S. Thiel c. Weidner vom 22. Dezember 1887 Nr. 260/87 VI.

Zum Gerichtskostengesetz.

15. Das Porto, welches dem Beschwerdeführer zur Last gesetzt worden, ist entstanden durch Rücksendung von Akten, welche zur Entscheidung auf eine frühere Beschwerde desselben erforderlich waren. Diese frühere Beschwerde — sie betraf die richterliche Festsetzung des Werthobjekts — wurde für begründet befunden und deshalb und weil es an einem zur Tragung der Kosten verpflichteten Gegner fehlte, nach § 45 des G. K. G. für die Entscheidung, einschließlich des vorausgegangenen Verfahrens, eine Gebühr nicht in Ansatz gebracht. Das G. K. G. unterscheidet aber zwischen Gebühren und Auslagen schon unter den „Allgemeinen Bestimmungen" (§ 1) und hält an dieser Unterscheidung streng und durchgehends fest, behandelt auch die Auslagen in einem besonderen Abschnitt (5). Deshalb dürfen die Bestimmungen, welche von Gebühren sprechen, nicht auf Auslagen bezogen werden. Aus diesem Grunde ist auch die bereits angezogene Vorschrift des § 45 auf die Gebühren zu beschränken. Dasselbe gilt vom § 6 daselbst, welcher den Gerichten unter der dort gegebenen Voraussetzung die Befugniß ertheilt, Gebühren niederzuschlagen oder außer Ansatz zu lassen. Porto gehört aber nach § 79 daselbst Nr. 2 nicht zu den Gerichtsgebühren, sondern zu den Auslagen. Nach § 89 a. O. ist Schuldner der entstandenen Gebühren und Auslagen, wenn dieselben nicht als Kosten durch gerichtliche Entscheidung einer anderen Person auferlegt oder von dieser übernommen sind, derjenige, welcher das Verfahren der Instanz beantragt hat. Deshalb muß das hier in Frage stehende Porto dem Beschwerdeführer beziehungsweise dessen Auftraggeber zur Last bleiben. V. C. S. Beschwerde des Rechtsanwalts Z. vom 4. Januar 1888, B. Nr. 106/87 V.

II. Das Handelsrecht.

16. Aus Art. 40 H. G. B. läßt sich der Anspruch der Bekl. nicht in der Weise begründen, wie dies im B. U. geschehen ist. Der angeführte Art. bestimmt, daß in Gesellschaftstheilungssachen die Mittheilung der Handelsbücher zur vollständigen Kenntnißnahme von ihrem ganzen Inhalte gerichtlich verordnet werden könne. Die hier vorgesehene gerichtliche Anordnung ist in das richterliche Ermessen gestellt, setzt mithin eine Würdigung des concreten Falles voraus. Von einer derartigen Würdigung sieht aber der B. R. ganz ab. Er will den Bekl. die von ihnen beanspruchte Einsichtnahme nicht vermöge seines Ermessens gewähren, sondern weil sie seiner Ansicht nach als Socien ein Recht hierzu haben. Da das unter den Parteien begründete Rechtsverhältniß keinenfalls eine Handelsgesellschaft ist, so kann das Recht, welches den Bekl. als Socien zusteht, nur aus dem allgemeinen bürgerlichen Recht, d. h. hier aus dem gemeinen Recht entnommen werden. Darnach haben die Bekl. ein Recht

auf Rechnungslegung, die sich nicht blos darauf zu erstrecken hat, daß bei den, den Bekl. gemachten Aufgaben die Prämien, die Versicherungsbeträge u. s. w., richtig berechnet sind, sondern auch darauf, daß die gelegte Rechnung vollständig ist. Die Bekl. können insbesondere den Nachweis fordern, daß sie nur bei solchen Versicherungen, bei denen in Wahrheit ein sie treffender Excedent vorhanden ist, daß sie andererseits aber auch bei sämmtlichen sie treffenden Risiken betheiligt, und daß ihnen nicht etwa gute Risiken verschwiegen worden sind. Hieraus steht ihnen, auch nachdem die Societät aufgelöst ist, die actio pro socio zu. L. 9 pr. D. de edendo (2. 13); Treitschke, Lehre von der unbeschränkt obligatorischen Gewerbegesellschaft S. 42 ff. Insoweit es zur Führung dieses Nachweises, beziehungsweise zur Prüfung desselben erforderlich ist, muß Kl. den Bekl. ihre Handelsbücher und Geschäftsaufzeichnungen offen legen. Bähr in Jahrbücher für die Dogmatik Bd. 13, S. 266, 282; Hesse, Juristische Probleme S. 144. Insoweit sind auch nach § 387 Nr. 2 C. P. O. die vorgedachten Schriften als dem Inhalt nach gemeinschaftliche Urkunden für die Parteien zu betrachten, da deren gegenseitige Rechtsverhältnisse durch dieselben beurkundet werden. I. C. S. i. S. Rhein.-Westph. Lloyd c. Assecuranz-Union vom 16. November 1887 Nr. 260/87 I.

17. Das R. O. H. G. hat in einer Reihe von Entscheidungen (unter Anderem Bd. 14 S. 417; Bd. 19 S. 171; Bd. 21 S. 38) bezüglich einer Wechselannahme zahlungshalber seine Auffassung dahin ausgesprochen, daß der Gläubiger dadurch die Verbindlichkeit eingehe, zunächst durch Einziehung des Wechsels seine Befriedigung zu suchen, und daß von der vorgängigen Erfüllung dieser Verbindlichkeit die Geltendmachung seiner ursprünglichen Forderung abhängig sei, dergestalt, daß er auf letztere nicht zurückkommen dürfe, bis er die geeigneten Schritte zur Einziehung des Wechsels ohne Erfolg gethan habe. Das R. O. H. G. geht hierbei davon aus, daß durch die zahlungshalber erfolgte Hingabe des Wechsels von der einen Seite und durch die Annahme desselben von der anderen Seite ein nachträglicher Vertrag unter den Betheiligten zu Stande komme, durch welchen die ursprünglich unbedingte Forderung in eine bedingte umgewandelt werde, indem die Wiedergeltendmachung der ursprünglichen Forderung von der Erfüllung der dem Gläubiger nachträglich gesetzten Bedingung abhängig gemacht werde, daß er bezüglich des angenommenen Wechsels die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns anwende. Diese Auffassung stützt sich auf den Inhalt der Art. 279, 282 des H. G. B. und hat zur Konsequenz, daß den Gläubiger auch die Beweislast trifft, daß er die nöthige Sorgfalt angewendet habe, und daß er folgeweise, wenn es sich um die Frage handelt, ob die Einziehung des Wechsels wegen angeblicher Zahlungsunfähigkeit des Wechselschuldners unterblieben sei, den Beweis zu führen hat, daß diese Zahlungsunfähigkeit schon zur Zeit der Fälligkeit des Wechsels bestanden habe, ein Beweis, der im vorliegenden Falle von der Bekl. nicht einmal versucht worden ist. Das O. L. G. ist dieser Auffassung, welcher auch Dernburg, Preußisches Privatrecht Bd. II § 63 S. 146 unter 6, beitritt, wenigstens im Resultate gefolgt, und läßt die Begründung, wenn auch die Bezugnahme auf Art. 83 der W. O. nicht für zutreffend erachtet werden kann, weil der Gläubiger nicht etwa einen Anspruch als Inhaber des Wechsels, sondern nur seine ursprüngliche Forderung geltend macht, nach keiner Richtung hin einen die Entscheidung bedingenden Rechtsirrthum erkennen. II. C. S. i. S. Rothschild Söhne c. Grieß vom 23. Dezember 1887, Nr. 258/87 II.

18. Nach Art. 2151 c. c. hat der Hypothekargläubiger, dessen Kapital Zinsen trägt, das Recht, auf Grund der von ihm genommenen Inscripiton in gleichem Range mit jenem die Anweisung von Zinsen für zwei Jahre und das laufende zu fordern. Diese Zinsen bilden ein Accessorium des Kapitals, welches rechtlich mit demselben auf gleicher Linie steht. Hat nun das Gesetz, wie angeführt, die zur Vertheilung unter die Gläubiger kommende Summe — das Aktivum — nach Maßgabe des genannten Zeitpunktes fixirt, so ist zugleich Mangels einer bestimmten anderweiten Vorschrift — anzunehmen, daß jener Zeitpunkt auch für die Bestimmang der gesammten darauf anzuweisenden Schuldsumme — das Passivum — Maaß und Ziel geben muß. Ein Zweifel in dieser Beziehung würde kaum entstehen, wenn hieran das Purgations-Verfahren in regelmäßigem Verlaufe die Durchführung des Collokations-Verfahrens sich angeschlossen hätte. Daß das aber nicht geschehen, daß letzteres vielmehr längere Zeit liegen geblieben, und eine Weiterveräußerung respektive Subhastation des Kaufobjekts eingetreten ist, alles das sind zufällige Umstände, welche auf die rechtliche Beurtheilung der vorliegenden Frage ohne Einfluß bleiben müssen. II. C. S. i. S. Pothmann c. Conrad u. Gen. vom 20. December 1887, Nr. 222/87 II.

19. Es beruht zwar auf einer richtigen, in Rechtslehre und Judikatur anerkannten Auffassung des Art. 347 H. G. B., wenn das O. L. G. angenommen hat, daß im Fall die Erkennbarkeit der Mängel einer gelieferten Waare durch die Bearbeitung oder Verarbeitung eines diesem Zwecke entsprechenden Theiles derselben bedingt ist, letztere grundsätzlich zu den Pflichten des Käufers gehört, daß derselbe ferner, wenn er auf die Mangelhaftigkeit der Waare einen Anspruch oder Einwand stützen will, die Rechtzeitigkeit der Mängelanzeige mit ihren Voraussetzungen darzulegen und zu beweisen hat. Das O. L. G. hat aber übersehen, daß diese letztere Frage hier mit Rücksicht auf die einzelnen, unbestritten zu verschiedener Zeit erfolgten Lieferungen, welche jede für sich in Betracht kommen, zu beurtheilen ist. II. C. S. i. S. Meyer c. Desurmont vom 10. Januar 1888, Nr. 227/87 II.

20. Es entstehe die Frage, welche Bedeutung es für den Fortbestand des entstandenen vertragsmäßigen Rechts der Bekl. auf Beingen der Prämien Seitens des Kl. gehabt hat, daß Bekl. bis Ende des Jahres 1881 von diesem Rechte keinen Gebrauch gemacht hat, vielmehr ihre Agentur bis dahin die Prämien beim Kl. hat einkassiren lassen. Der Auffassung, welche die Französische Rechtsprechung solchem Gebrauche dahin zu Theil werden läßt, daß dadurch der Vertrag geändert, das Recht der Gesellschaft auf Beingen der Prämien beseitigt und die Bringschuld in eine Holschuld verwandelt worden sei, vergleiche die Zusammenstellung der Rechtsprechung im Journal des assurances Jahrgang 1886 S. 160 fg., beistimmend König in Endemann, Handbuch III S. 769, konnte nicht beigetreten werden. Diese Auffassung wird dort dazu verwerthet, in allen diesen Fällen die Policenklausel, daß unter Ausschluß des formalen Akts einer Inverzugsetzung, wie ihn Art. 1139 c. c. fordert, schon in Folge Ablaufs der Respektfrist ohne Zahlung von selbst der Vertrag hinfällig werde, zu beseitigen und jenen formalen Akt für erforderlich zu erklären, indem theils ausgeführt wird, der Ausschluß jenes Aktes sei bei der Holschuld unzulässig, theils, er sei in der Policenbestimmung mit der Feststellung der Prämienschuld als Beingschuld derartig verknüpft, daß er mit der Veränderung des Vertrages in diesem Punkte zugleich wegfalle. Indessen sind sowohl diese Konsequenzen der gedachten Auffassung wie insbesondere auch sie selbst in der Französischen Doktrin durchaus nicht unangefochten, vergleiche Alauzet traité General des assurances II. No. 426, Herbault traité des assurances sur la vie 1877 S. 174, Couteau traité des assurances sur la vie II S. 192, Begerem et de Baets traité des assurances, Aexrestres, Gent 1880 Seite 249, 250 und diese ganze Richtung der Rechtsprechung entbehrt einer eingreifenden Bedeutung für das Versicherungswesen, wenn, wie dies neuerdings wiederholt geschehen ist, vergleiche Sirey 1884 2. 10 und Journal des assurances 1886 S. 120, die Aufnahme des Vermerks in die Police, daß der Gebrauch, die Prämien bei Versicherten einzukassiren, nicht als Beseitigung der Bestimmung, daß die Prämie zu beingen ist, gelten solle, für genügend befunden wird, um jener Richtung der Rechtsprechung den Boden zu entziehen, vergleiche auch Ferot Etudes sur les assurances à prime contre l'incendie 1881 Nr. 234. In der That kann, gleichviel ob die thatsächliche Einkassirung der Prämien bei den Versicherten auf einem Entgegenkommen der Gesellschaften im Interesse der Versicherten beruht oder ob sie, was übrigens viel näher liegt, im Interesse der Gesellschaften selbst, beziehentlich ihrer Agenten, um

die gewonnenen Versicherungen sich zu erhalten und die Prämiensummen zu erlangen, geschieht, in solchem thatsächlichen Verhalten, auch wenn es längere Zeit geübt wird, noch keine Aufgebung des im Sinne erforderlichen Bringens der Prämien verbrieften Rechts gefunden werden, vergleiche Malß in Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 6 S. 378. Dazu würde erforderlich sein, daß bei dem Verhalten irgendwie hervorgetreten wäre, daß es als eine Pflicht geübt oder dem Versicherten das Recht, statt die Mittel zur Zahlung in seiner Wohnung bereit zu halten, den Geldbetrag dem Agenten zu bringen, versagt sein sollte. Es liegt nahe, daß die Versicherungsgesellschaft sich nur so lange wegen eines bestimmten Interesses in Bezug auf die Ausübung ihres Rechtes nachgiebig zeigt, bis ein stärkeres Interesse sie zum Bestehen auf ihrem Rechte veranlaßt. Das Emporwachsen von bisher nur mäßig ausgedehnten Städten zu großem Umfange, welches die bisher einfache Einkassirung der Prämien zu einem umständlichen und kostspieligen Geschäft macht, giebt einen Beleg hierfür. Nur wird, weil der Versicherungsverkehr besonders von Treue und Glauben beherrscht sein soll und als Versäumung der Zahlung nur ein schuldbarer Verzug zu erachten ist, eine fortgesetzte Uebung, die Prämien abzuholen, da sie den Glauben hervorzubringen geeignet ist, daß in dieser Uebung werde fortgefahren werden, allerdings die Wirkung haben, daß, wenn einer ferneren Nichtzahlung, die ihren Grund darin haben soll, daß der Versicherte die Prämie, die nicht bei ihm einkassirt ist, nicht gebracht hat, der Charakter der Säumniß beigemessen werden soll, die Versicherungsgesellschaft dem Versicherten angekündigt haben muß, daß sie von ihrer bisherigen Uebung abgehe. I. C. S. i. S. Mischke c. Germania vom 26. November 1887 Nr. 276/87 I.

(Fortsetzung folgt.)

Für die Redaktion verantw.: S. Haenle. Verlag: W. Moeser Hofbuchhandlung. Druck: W. Moeser Hofbuchdruckerei in Berlin.

№ 8 und 9. Berlin, 10. Februar. 1888.

Juristische Wochenschrift.

Herausgegeben von

S. Haenle, Justizrath, Rechtsanwalt in Ansbach. und M. Kempner, Rechtsanwalt beim Landgericht I. in Berlin.

Organ des deutschen Anwalt-Vereins.

Preis für den Jahrgang 20 Mark. — Inserate die Zeile 40 Pfg. — Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt.

Inhalt.

Aufsätze für die Juristische Wochenschrift, welche acht Spalten überschreiten, können nur ausnahmsweise angenommen werden. Aufsätze, welche sich auf Angelegenheiten des Anwaltstandes und die Reichsjustizgesetze beziehen, erhalten den Vorzug.

Die Redaktion.

Vereinsnachrichten.

Der Vereinsvorstand hat mit der Verlagsbuchhandlung J. Guttentag (D. Collin) zu Berlin, welcher der Verlag der amtlichen Ausgabe der ersten Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches übertragen ist, die Herstellung eines Sonderabdrucks des Textes für den deutschen Anwaltverein vereinbart.

Den Herren Vereinsmitgliedern wird der Text des Entwurfs alsbald nach Versendung der eigentlichen amtlichen Ausgabe geliefert werden.

Die Mittel des Vereins gestatten nicht, auch die 5 Bände umfassende Begründung den Mitgliedern auf Vereinskosten zu beschaffen. Der Ladenpreis derselben wird etwa 18 Mark betragen. Der Vereinsvorstand ist jedoch bereit, nach wegen Abnahme der Begründung ein Abkommen mit der Verlagsbuchhandlung anzubahnen, falls eine beträchtliche Anzahl von Vereinsmitglieder sich zum Ankaufe bereit erklärt. Wir können die Anschaffung der Begründung, welche unter allen Umständen die Bedeutung eines Werkes von hohem wissenschaftlichen Werth behalten wird, nur dringend empfehlen und bitten diejenigen Herren Vereinsmitglieder, welche die Begründung anzuschaffen geneigt sind, dem Schriftführer des Vereins unverzüglich Mittheilung zu machen, damit die Zahl der Abnehmer übersehen werden kann.

Eine endgültige Verpflichtung für den Vereinsvorstand begründet diese Bereiterklärung nicht.

Leipzig, 6. Februar 1888.

Mecke, Justizrath.
Salomonstraße 5.

Die Stellungnahme des deutschen Anwaltstandes zu der ersten Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich.

Die erste Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches wird in kurzer Zeit der Beurtheilung des deutschen Volkes unterbreitet werden. Wie die Natur des hochwichtigen Gegenstandes mit sich bringt, werden zahlreiche sachkundige Kreise sich an der Prüfung betheiligen. Rechtslehrer, Richter, Volkswirthe, Verwaltungsbehörden, Handelskammern und ähnliche Körperschaften werden ihre Anschauung eingehend darzulegen nicht unterlassen. Der deutsche Anwaltstand wird schon in Anbetracht seiner bedeutsamen Stellung im Volksleben nicht zurückbleiben wollen. Bei der Mannigfaltigkeit der Gesichtspunkte, denen die Beurtheilung des großen Werkes empfänglich ist, empfiehlt es sich unverzüglich den Ausgangspunkt festzustellen, von welchem der Anwaltstand die Prüfung in Angriff zu nehmen hat. Soll das Werk zum guten Ende geführt werden, so darf nicht ängstlich an dem Hergebrachten festgehalten und in diesem das unveräußerliche Beste gefunden werden. Jeder Stamm muß einige Opfer an Althergebrachtem bringen. So ist es bei allen großen Völkern gehalten worden, wenn durch gemeinsame Gesetze die ganze Kraft des Volkes zusammengefaßt werden sollte. Die meist nur vermeintlichen Opfer wiegen überdies federleicht gegenüber der durch die gemeinsame Gesetzgebung gewonnenen Erleichterung des Geschäfts- und Rechtsverkehrs sowie der Stärkung des Gefühls der Zusammengehörigkeit. Nur auf die Tauglichkeit des Werks für das Volksleben und den Verkehr kommt es an und diese Tauglichkeit zu prüfen, ist der mit den Rechtsbedürfnissen des deutschen Volkes vor allen vertraute

deutsche Anwaltstand besonders berufen. Derselbe wird sich die Frage vorzulegen haben, ob die Bestimmungen des Entwurfs klar, erschöpfend, in sich folgerichtig, mit der Billigkeit vereinbar und anerkannten volkswirthschaftlichen Grundsätzen nicht widerstreitend seien. Darauf kommt es an und wenn diese Frage im Ganzen bejaht werden kann, muß über viele Einzelnheiten hinweggegangen werden. Wie uns scheint, mit allzugroßer Aengstlichkeit hat der Entwurf eine ganze Reihe von Rechtsmaterien den Landesgesetzgebungen vorbehalten. Nur das bürgerliche Recht im strengsten Sinne des Wortes ist Gegenstand der Ordnung geworden. Diese Beschränkung erleichtert aber die Prüfung und den Entschluß, das Werk als ein segenbringendes für das Vaterland gutzuheißen. Zudem sind wirklich neue Rechtssätze in dem Werke nur wenige enthalten. Dagegen sind viele im Volksbewußtsein erwachsene Rechtssätze, welche gegenüber dem bestehenden Recht mühsam um Anerkennung ringen mußten, zur Geltung gebracht, viele in dem einen oder anderen der drei großen Rechtsgebiete geltenden Rechtssätze sind angenommen, andere sind verlassen. In diesem Sinne wird den Vertretern des gemeinen, des französischen und des preußischen Rechts bei den einzelnen Abschnitten des Entwurfs im Vergleiche zu dem heimathlichen Recht vieles neu erscheinen. Aber gegolten hat es wenigstens in einem Theile von Deutschland. Mag über viele Fragen der Streit entbrennen, welche Lösung die bessere sei. Immer wird die Entscheidung davon abhängen, was das Tauglichere, was das Vernünftigere sei.

Um die Mitglieder des deutschen Anwaltvereins schleunigst in das Werk einzuführen, hat der Vorstand zu einer Darstellung der Eintheilung und der Hauptgrundsätze des Entwurfs, welche in dem Vereinsorgan entsprechend abgetheilt veröffentlicht werden soll, Auftrag gegeben. Außerdem ist Vorsorge getroffen, daß der Entwurf allen Mitgliedern aus Vereinsmitteln geliefert wird. Endlich ist die Begutachtung des Entwurfs durch eine Anzahl Vereinsmitglieder in Aussicht genommen. Eine ausführliche Besprechung des Entwurfs auf einem Anwaltstage eintreten zu lassen, verbietet die Fülle des Stoffs. M.

Epilog zum Kapitel „Vertagungen".

Von einem bayerischen Richter.

Die leidigen Fragen wegen des Mißstandes allzu häufiger Vertagungen im Civilprozesse und der hierdurch bedingten Verlängerung der Dauer einzelner Prozesse, über die Ursache dieser Erscheinung, sodann die aus diesem Anlasse gegen den Stand der Anwälte theils indirekt, theils offen erhobenen Vorwürfe, wie solche insbesondere zunächst in der civilprozessualischen Enquete von Wach, nachmals aber in so prägnanter Weise im Erlasse des Königlich preußischen Herrn Justizministers vom 23. September 1887 zu Tage getreten, beschäftigen nach wie vor die öffentliche Meinung der praktischen Juristen.

Jene beiden Emanationen, welche begreiflicher Weise viel Staub aufwirbelten, haben zwar schon durch die in den Nr. 5 48/49, S. 411 ff., 52/53 des vorigen Jahrgangs dieser Wochenschrift enthaltenen Gegenbemerkungen, sowie durch die in Nr. 54 mitgetheilten Gegenvorstellungen verschiedener Anwaltskammern eine ausführliche Beleuchtung gefunden.

Da jedoch diese größtentheils zutreffenden Entgegnungen unseres Wissens ausschließend aus den Kreisen der Anwälte selbst, als den zunächst zu einer Abwehr berufenen Betheiligten hervorgegangen sind, denselben also wahrscheinlich nicht dasjenige Gewicht der Ueberzeugung wird beigelegt werden können, welches dieselben unzweifelhaft verdienen würden, wenn solche gänzlich unparteiischer Seite entstammten, so möge es dem Einsender dieser Zeilen, welcher seit nahezu 18 Jahren im öffentlich mündlichen Civilstreitverfahren als Richter an einem Kollegialgerichte thätig gewesen, nachträglich gleichfalls gestattet sein, seine im Betreff der aufgeworfenen Frage gemachten Wahrnehmungen sine ira et studio hier zu äußern.

Von vornherein muß Einsender dem Irrthume entgegen treten, als beruhe der unleugbar bestehende Uebelstand allzuhäufiger Vertagung der mündlichen Verhandlung im Verfahren vor den Kollegialgerichten, insbesondere Landgerichten auf dieser oder jener einzelnen, bestimmten Ursache. Eine Reihe von zusammenwirkenden Gründen ist es vielmehr, welche den beklagten Mißstand zu Tage gefördert haben — insoweit überhaupt von einem Mißstande als einem zu beseitigenden verschuldeten Uebel gesprochen werden kann.

Die Zahl der Fälle von Vertagung, deren Begründetheit allerseits anzuerkennen sein wird, bezüglich deren Niemanden ein Vorwurf schuldhafter Veranlassung treffen kann, und bei welchen man es hiernach nur mit einem sogenannten nothwendigen Uebel zu thun hat, wird allzeit einen nicht unerheblichen Prozentsatz von der Gesammtzahl der Vertagungen bilden.

Greifen wir nun zunächst den Fall eines Rechtsstreites heraus, welcher beim Landgerichte anhängig gemacht worden, wie er sich so häufig vor unseren Augen abspielt.

Der Termin zur ersten Verhandlung wird in der Regel frühestens 5, spätestens 8 Wochen nach Erhebung der Klage anberaumt sein. Anstatt nun alsbald nach Zustellung der Klage einen Anwalt zu bestellen, nützt die beklagte Partei, insbesondere wenn sie selbst von erfolgreicher Bekämpfung der Klage nicht überzeugt ist, unter Mißbrauch ihrer gesetzlichen Befugniß die volle Dauer der Einlassungsfrist durch ein passives Verhalten aus.

So hört man denn oft den Anwalt im Termine erklären: er müsse die Vertagung beantragen, weil er das Mandat vom Beklagten erst vor wenigen Tagen, erst gestern oder heute unmittelbar vor der Sitzung erhalten habe, eine Zeit zur Vorbereitung also nicht vorhanden gewesen sei.

Eine Zurückweisung dieses Antrages, selbst wenn die Gegenpartei der Vertagung nicht zustimmen würde — was dem Einsender übrigens noch niemals vorgekommen — wäre nach dem Gesetze nicht wohl möglich. C. P. O. §§ 205 mit 202.

Die wohlgemeinte Vorschrift des § 244 ist für alle diese leider zahlreichen Fälle illusorisch.

Eine wirkliche, erfolgreiche Abhilfe könnte gegenüber diesem Verhalten der beklagten Parteien nur durch eine Gesetzesänderung getroffen werden, keineswegs aber durch bloße Vertagung auf Kosten der Partei. Ein wirksames Compelle für den Beklagten zur rechtzeitigen Bestellung und Informirung eines Anwaltes wäre es zum Beispiel, wenn die Einlassungsfrist — unter Berücksichtigung der jeweiligen Entfernung des Domiziles des Beklagten vom Gerichtssitze — generell abgekürzt

oder wenn bestimmt würde, daß nach Ablauf eines Theiles der Einlassungsfrist (von 1/3 oder 2/3) der Anwalt des Klägers, welchem bis dahin eine Anzeige über erfolgte Bestellung eines Anwalts für den Beklagten nicht zugekommen, auch in einem früheren Sitzungstermine Antrag auf Versäumnißurtheil gegen den Beklagten zu stellen befugt sei, welche Rechtsfolge selbstredend in der Klage angedroht sein müßte.

Wir haben also die erste, gesetzlich nicht zu verhindernde Vertagung; der erste Verhandlungstermin wird alsdann in der Regel auf mindestens 4, höchstens 6—8 Wochen hinaus verlegt. Zur Zeit der ersten möglichen Verhandlung sind also seit der Klagzustellung mindestens 9 Wochen abgelaufen, es können aber auch je nach der Geschäftslast des Gerichtes und des durch solche bedingten Modus der Terminsbestimmung 12 bis 14 Wochen verflossen sein — ganz abgesehen von der möglichen Einwirkung der 2 Ferienmonate auf die Terminsbestimmung.

Daß auf solche Weise ein ganz unverhältnißmäßig großer Zeitverlust entsteht, ohne daß die Anwälte oder das Gericht irgend ein Verschulden trifft, liegt klar zu Tage.

Sehen wir nun dem weiteren Verlaufe zu.

Nicht selten wird die Sache so geingert sein, daß die Voraussetzung des § 245 C. P. O. gegeben und ein weiterer vorbereitender Schriftsatz zur Verhandlung erforderlich ist.

Dringen die beiden oder sämmtliche aufgestellte Anwälte auf rechtzeitige Information, liegt insbesondere den Parteien selbst an möglichster baldiger Entscheidung, so wird es in der Regel möglich sein, daß sowohl die Klagebeantwortung, als die Entgegnung der Klagpartei rechtzeitig vor dem neuen Termine zugestellt wird und endlich in solchem verhandelt werden kann.

Enthält aber die sog. Replik, wo solche nothwendig oder angemessen — auch nur eine einzige neue thatsächliche Behauptung von Erheblichkeit und ist die beklagte Partei selbst nicht im Stande oder nicht gewillt, sofort sich zu erklären, — muß der Sachverhalt vom Anwalte der letzteren insbesondere im Correspondenzwege neuerdings erforscht werden, so kann sehr wohl der Fall möglich werden, daß eine abermalige Vertagung stattfinden muß. So unangenehm und störend für den Fortgang des Prozesses und die Geschäftseintheilung des Gerichtes dies auch erachtet werden mag, immerhin ist diese wiederholte Vertagung vom sittlichen und prozeßpolitischen Standpunkte aus doch mehr zu rechtfertigen, als durch Zurückweisung des Gesuchs um Vertagung den Anwalt thatsächlich zu zwingen, auf's Geradewohl alle neuen Behauptungen einfach zu widersprechen — und auf diese Weise den Gegner zu möglicher Weise gänzlich unnöthiger Beweisantretung und Beweisführung zu veranlassen —, oder denselben nach erfolgter Zurückweisung seines Gesuches zum Nichteintritt in die Verhandlung, Ergehenlassen eines Versäumnißurtheiles gegen seine Partei und zum Einspruche zu nöthigen. In beiden Fällen würde ja nicht eine Beschleunigung oder Abkürzung des Prozesses, wohl aber das Gegentheil bewirkt, die Kosten würden nutzlos vermehrte sein.

Dieselben Vertagungsursuchen und daraus resultirenden Vertagungen wiederholen sich in der Berufungsinstanz.

In dieser kommt aber als weiteren Erklärungsgrund öfterer Vertagung des Verhandlungstermines der Thatumstand hinzu, daß die Einlegung der Berufung häufig nur den Zweck hat, oder doch den Erfolg äußert, einen Vergleich zu offeriren oder zur Annahme zu bringen. —

Als prinzipiell wichtiger Umstand bei Beurtheilung der seither besprochenen Fälle muß überhaupt die Thatsache hervorgehoben werden, daß unsere Civil-Prozeß-Ordnung bezüglich der Bewilligung von Vertagungen weit laxer ist, als andere Prozeßgesetzgebungen. Die Richtigkeit dieser Behauptung ergiebt ein vergleichender Blick z. B. auf §§ 194—195 der Prozeßordnung für Hannover v. 1850, § 188 des Entwurfs der Bundeskommission zu Hannover von 1864, des Art. 249 der Bayr. Prozeß-Ordnung von 1869 u. u. P. O. im Gegenhalte zu unserem § 205.

So kamen denn auch thatsächlich in Bayern unter der Herrschaft der Prozeß-Ordnung vom 29. April 1869 bei weitem weniger Fälle von Vertagung der mündlichen Verhandlung vor, weil die Bestimmung des cit. Art. 249 eine sehr vortheilhafte Wirkung äußerte, welche eben die Vertagung der Verhandlung auch mit Einwilligung der Gegenpartei nur aus erheblichen Gründen zu bewilligen gestattet hatte.

Freilich stand diese Bestimmung im engsten Zusammenhange mit dem Institute der vorgängigen Hinterlegung der schriftlichen Anträge in dem gesetzlich gleichsam von selbst sich regulirenden ad hoc bestimmten Termine, welches Verfahren es allerdings ermöglichte, die Sache regelmäßig bis zum Verhandlungstermine möglichst vollständig vorbereitet zu finden und in Folge dessen Vertagungen der Verhandlung zu den Ausnahmen zu machen.

Wenn Einsender auch einer Wiedereinführung dieses Instituts gerade nicht das Wort reden will — obwohl dasselbe noch den weiteren Vortheil der Möglichkeit einer angemessenen Vertheilung des anfallenden Prozeßstoffes in die einzelnen Sitzungstermine geboten hatte —, welche Möglichkeit nach dem jetzigen Systeme sofortiger Bestimmung des Verhandlungstermins auf die Klage oder Berufungseinlegung hin selbstredend entfallen mußte *) — so dürfte doch jedenfalls so viel klar sein, daß die §§ 202 u. 205 unserer C. P. O. an sich einen sehr weit gehenden Spielraum zur Stellung und Bewilligung von Vertagungsanträgen gewähren, so daß man bei etwaiger künftiger Revision des Prozeßgesetzes unter allen Umständen jene Bestimmungen auf die Statthaftigkeit einer Einschränkung wird prüfen müssen. Insbesondere wird eine Zusatzbestimmung des Inhalts sich als nothwendig erweisen, daß ein wiederholtes Gesuch der Partei um Vertagung auch mit Einwilligung der Gegenpartei nur aus erheblichen Gründen bewilligt werden dürfe, — ein Vorschlag, mit welchem aus gewissen, noch im weiteren Verlaufe unserer Bemerkungen anzudeutenden Gründen — wohl die Mehrzahl der Anwälte selbst sich einverstanden erklären dürfte.

Ferner bezeichnet man nicht selten mit Unwillen zahlreiche Fälle von Vertagung in der nämlichen Streitsache als einen ungebührlichen Mißbrauch, welche es in Wirklichkeit um deßwillen nicht sind, weil es sich nur scheinbar um Vertagungen, im Effekte aber um etwas ganz Anderes handelt.

*) Daraus erklärt sich auch größtentheils die berechtigte Klage, daß für die Richter aus einem Termine zu viel, aus einem andern zu wenig Arbeit anfällt.

Es sind hier zunächst jene Fälle anzuführen, in welchen den beiden Parteivertretern bekannt geworden, daß ihre Klienten den Weiterbetrieb des Prozesses vorläufig nicht mehr wünschen, weil außergerichtliche gütliche Erledigung in Aussicht steht.

Inkorrekter Weise wird fort und fort Antrag auf Vertagung gestellt und demselben ausdrücklich zugestimmt, demgemäß auch Vertagung beschlossen. Einsender kennt Akten, welche in Folge dessen nichts enthalten, als den Klag- oder Berufungsschriftsatz, mitunter auch noch die Beantwortungsschrift und dann ein Dutzend Protokolle, enthaltend übereinstimmende Anträge auf Vertagung und Bestimmung neuen Termines; man findet hierbei öfters, daß seit Erhebung der Klage oder Einlegung der Berufung 10—18 Monate abgelaufen sind, ohne daß eine erste Verhandlung stattgefunden hat. Wir sagten, *inkorrekter* Weise geschehe dies: denn es ist offenbar in solchen Fällen kein Grund zur Vertagung, vielmehr wäre das einzig Richtige, bei der in Mitte liegenden ausdrücklichen oder concludenten Vereinbarung der Parteien, daß der Rechtsstreit *ruhen* solle, solches auch im Termine ausdrücklich zu erklären, oder durch Nichtauftreten in demselben den Termin einfach zu circumduciren, wie § 228 C. P. O. es für solche Fälle voraussetzt.

Die Gerichte, beziehentlich die Vorsitzenden wären wohl in der Lage, in Fällen dieser Art die Initiative zu einer richtigen Handhabung des Gesetzes zu bieten, zumal öfters nur eine gewisse Scheu oder Aengstlichkeit die Parteivertreter, insbesondere den klägerischen abhalten mag, der wirklichen Sachlage entsprechende Erklärungen abzugeben.

Unter diesem Gesichtspunkte kommen als weitere Kategorie von *Vertagungen auf Antrag* — für welche gleichfalls Niemand als schuldiger Theil aufzukommen hat — ausgenommen etwa das Gesetz selbst (die Gerichtsorganisation und Besetzung der Gerichte) jene der Fälle in Betracht, in welchen eigentlich gemäß § 206 C. P. O. von *Amtswegen* und nicht „auf Antrag“ vertagt werden müßte, die Vertagung laut Vortrags im Protokolle gleichwohl auf „Antrag“ lautet, weil die Partei den dem Gerichte übrigens ex officio bekannten Hinderungsgrund ausdrücklich angeregt hat. Wir denken hier zunächst an die häufigen Fälle nach ausstehender Beweisaufnahme, insbesondere bei successive erfolgenden Zeugen- und Sachverständigenvernehmungen vor auswärtigen ersuchten Gerichten, nachdem die Regel des § 320 des Gesetzes thatsächlich in der Praxis in das Gegentheil sich verkehrt hat, übrigens auch bei der unbeschränkten Zulassung des Zeugenbeweises einerseits, der verminderten Anzahl und der Personalbesetzung der Kollegialgerichte anderseits nothwendig zur Ausnahme sich verkehren *mußte*.

Auch sind Fälle von Vertagungen „auf Antrag“ konstatirt worden, in welchen die Vertagung nur in den Verhältnissen des Gerichtes selbst gelegen war, z. B. in Verhinderung eines Richters an der Theilnahme in fortgesetzter Verhandlung, momentaner Geschäftsüberbürdung, anderweitiger dienstlicher Inanspruchnahme des Richterpersonals u. s. w., welche Fälle sich in den ersteren 5 Jahren nach 1. Oktober 1879 insbesondere bei Landgerichten mit geringer Anzahl von Richtern wiederholt ereignet haben.

Es besteht eine gewisse Neigung, nicht „von Amtswegen“ sondern nur „auf Antrag“ zu vertagen, d. h. auch die gesetzlich *nothwendige* Vertagung in die Form einer parteilicherseits beantragten zu kleiden.

Als ein entschiedener Fehler ist es dagegen zu charakterisiren und in der That eine mißbräuchliche Anwendung des Gesetzes, Vertagung zu beantragen und mit Zustimmung des Gegners zu bewilligen, weil der letzte, vielleicht erst kurz vor dem Verhandlungstermine oder in letzterem zugestellte Schriftsatz *neue rechtliche* Ausführungen enthält, wie wiederholt vorgekommen. Ein solcher Antrag sollte ohne Rücksicht auf etwaige Zustimmung des Gegenanwalts vom Gerichte einfach durch den Hinweis auf das „jura novit curia“ zurückgewiesen werden, auch wenn der letzte Schriftsatz noch so sehr strotzt von neuen Allegaten aus Doktrin und Rechtsprechung.

Nur nova in facto sollte der Anwalt zur Verblüffung des Gegners sich nicht für den Verhandlungstermin aufbewahren, gleichsam in petto behalten, will er anders die Gefahr der Vertagung vermeiden; juristisch mag er den Gegner nach Belieben überraschen.

Auch nach Hinwegdenken aller vorausgeführten Fälle von Vertagungen, bleibt unbestreitbar noch eine Anzahl von Vertagungsfällen übrig, in welchen die Ursache der Vertagung lediglich in den *persönlichen Verhältnissen* des Anwaltes selbst gelegen ist.

Als unbedenklich müssen aber zunächst auch hier wieder alle jene Fälle aus den Rahmen eines Vorwurfes ausscheiden, in welchen von einem Verschulden nur sehr mit Unrecht gesprochen werden könnte. Ein anderweites Berufsgeschäft von größerer Wichtigkeit und Dringlichkeit gegenüber dem zu verhandelnden Streitfalle, ein wenn auch nicht zu förmlicher Krankheit gesteigertes Unwohlsein, ein besonderes Vorkommniß in der Familie u. s. w. kann dem Anwalte vollauf begründeten Anlaß zu einem Gesuche um Vertagung darbieten, dessen Zurückweisung gegen die Billigkeit verstoßen würde.

Von einem Verschulden kann ferner auch in manchen anderen Fällen keine Rede sein, welche von den Collegial-Gerichten und zwar mit Recht als ein Hemmniß und Mißstand empfunden werden, welche jedoch in der *Natur der Verhältnisse* liegen. Der Anwalt will oder soll vielfach den auswärts vor ersuchten Gerichten stattfindenden Beweisaufnahmen beiwohnen; — ferner wird derselbe, wenn seine collegialgerichtliche Praxis zur vollgenügenden Subsistenz nicht ausreicht — der Vertretung oder Verbeiständung von Parteien vor den Amtsgerichten sich nicht ganz entschlagen können — eine Thatsache, welche in Folge der allgemeinen, im Laufe der letzteren Jahre eingetretenen Abnahme der Zahl der bei den Landgerichten und Oberlandesgerichten anhängigen Prozesse mehr und mehr in die Erscheinung getreten ist.

Es erübrigen demgemäß nur noch jene Fälle, in welchen der Anwalt nicht wegen Geschäftsüberbürdung, sondern aus Mangel an Fleiß, aus Sorglosigkeit und Nachlässigkeit die rechtzeitige Vorbereitung der Sache unterlassen hat, oder aber trotz genügender Information und Instruktion der Sache, aus purer Bequemlichkeit in die Verhandlung nicht eintreten will. In diesen Fällen, *aber auch nur in diesen* wird von einem *Verschulden* gesprochen werden müssen. Daß auch solche Fälle verschuldeter Vertagung vorgekommen sind, wird nicht bestritten werden können; Einsender ist aber nach den gemachten

Wahrnehmungen der festen Ueberzeugung, daß diese Fälle von der Gesammtzahl aller Vertagungen nur einen verhältnißmäßig geringen Bruchtheil repräsentiren.

Der „fleißigere" Rechtsanwalt ist in diesen Fällen oft in einer recht heiklen Situation: denn zunächst kann er seinem Gegner nicht in das Herz sehen, und ist nicht immer im Stande, schon nach der äußeren Sachlage den eigentlichen Grund des Vertagungsantrages zu erkennen; im Zweifel und manchmal auch mit innerem Widerstreben stimmt er zu, oder tritt wenigstens nicht entgegen, vielleicht auch eingedenk des Horaz'schen „hanc veniam damus petimusque vicissim".

Diese Fälle von Bewilligung der Vertagung, in welchen solche thatsächlich zu Unrecht erfolgt, können je zahlreicher sein, je enger und kleiner die Verhältnisse sind: in kleineren Orten mit beschränkter Anzahl von Anwälten bringt es der enge berufliche und soziale Verkehr mit sich, daß die Anwälte gegenseitig zu Rücksichten moralisch gezwungen sind, von welchen ihre Kollegen in den Großstädten völlig frei sind.

Hier thut Abhilfe um so mehr noth, als nach unseren Erfahrungen die Gerichte allzu bereit sind, den Vertagungsbegehren zu entsprechen, sofern nur der Gegner nicht energisch dagegen protestirt. Die bestehenden und vorgeschlagenen Mittel — Anwendung der §§ 90 der C. P. O., § 48 Ger. Kost. Ges. — scheinen jedoch dem Einsender nicht geeignet, das Uebel allzuhäufiger oder verschuldeter Vertagungen hintanzuhalten; der Beweis ihrer Wirkungslosigkeit ist eigentlich schon durch die Thatsache erbracht, daß diese Gesetzesbestimmungen fast niemals und jedenfalls äußerst selten zur Anwendung gebracht wurden. Bezüglich des § 48 K. G. kommt aber noch weiter in Betracht, daß seine Anwendbarkeit regelmäßig dadurch bedingt ist, daß überhaupt die Verhandlung bereits zum Theile stattgefunden, mindestens begonnen hat, — eine Voraussetzung, welche für die meisten der berührten Vertagungsfälle gar nicht zutrifft.

Das Ergebniß unserer Bemerkungen dürfte sein, daß die Hauptursache der zahlreichen Vertagungen sowohl im System des Gesetzes überhaupt, als speziell in seinen Bestimmungen über Vertagung — § 205 —, in zweiter Linie in dem Verhalten der Parteien selbst, zum geringsten Theile aber in einem wirklichen Verschulden der Anwälte gelegen ist, daß aber auch die Gerichte nicht völlig frei sind vom Einfluß auf die Zahl der Vertagungen „auf Antrag", — daß endlich eine wirksame Abhilfe nur geschaffen werden kann durch Abänderung des Prozeßgesetzes in den oben angedeuteten Richtungen, damit für die Parteien, welche überhaupt den Betrieb ihres Rechtsstreites beabsichtigen, insbesondere gegenüber dem Beklagten ein drastischeres compelle gegeben sei.

K.

Die Wiedereinführung der Berufung.

Gelegentlich der Berathung des Justizetat in der bayerischen Abgeordneten-Kammer hat sich ergeben, daß unter allen Parteien Einstimmigkeit über die Nothwendigkeit der Wiedereinführung der Berufung gegen die Urtheile der landgerichtlichen Strafkammern in I. Instanz besteht, zugleich aber auch, daß dieser Wiedereinführung, in der Weise wie sie die bayerische Regierung im Auge hat, die in Preußen deßfalls erforderlichen hohen Kosten hemmend entgegenstehen. — Dieses Hinderniß läßt sich aber leicht dadurch beseitigen, daß § 78 des Ger. Verf. Ges. auch für die Oberlandesgerichte mut. mut. anwendbar erklärt wird. Hierdurch würde die Landesjustizverwaltung, in specie die preußische Regierung, in den Stand gesetzt sein, bei einzelnen Landgerichten Strafsenate für die in Frage stehenden Berufungen zu bilden und diese mit Oberlandesgerichtsräthen oder mit Landrichtern, welche bei der Aburtheilung in I. Instanz nicht mitgewirkt haben, zu besetzen, während der Landesjustizverwaltung, welche wie die bayerische die Entscheidung über die fraglichen Berufungen bei den Oberlandesgerichten belassen will, auch hierin freie Hand gelassen wäre. — Die Bedenken, welche gegen die Entscheidung der Berufungen qu. nur allein durch Mitglieder der Landgerichte bestehen, könnten dadurch beseitigt werden, daß die Zahl der beisitzenden Landrichter auf 2—3 gesetzlich fixirt würde, so daß der Strafsenat aus 2—3 Oberlandesgerichtsräthen und aus 3 eventuell 2 Landrichtern zu bestehen hätte. Es würde hiernach § 123 Ziff. 1 des Ger. Verf. Ges. den Zusatz: „und gegen die Urtheile der Strafkammern in I. Instanz" zu erhalten haben und als § 124a folgendes einzuschalten sein: „Durch Anordnung der Landesjustizverwaltung kann wegen großer Entfernung des Sitzes des Oberlandesgerichts bei einem Landgericht für den Bezirk eines oder mehrere Landgerichte ein Strafsenat gebildet und demselben für diesen Bezirk die gesammte Thätigkeit des Strafsenats des Oberlandesgericht oder ein Theil dieser Thätigkeit zugewiesen werden. Die Besetzung eines solchen Strafsenats erfolgt aus Mitgliedern des Oberlandesgericht oder Landrichtern des Bezirks, für welchen der Strafsenat gebildet wird, insoweit Letztere bei der erstinstanziellen Aburtheilung nicht mitgewirkt haben. Der Vorsitzende wird ständig, die Landrichter werden auf die Dauer des Geschäftsjahres durch die Landesjustizverwaltung berufen, die übrigen Mitglieder werden nach Maßgabe des § 62 durch das Präsidium des Oberlandesgericht bezeichnet."

Droßbach, L. G. Rath.

Vom Reichsgericht.*)

(Fortsetzung und Schluß.)

Wir berichten über die in der Zeit vom 1.—20. Januar 1888 ausgefertigten Civilerkenntnisse.

II. Das Handelsrecht.

21. Nach Artikel 265 des H. G. B. hat sich nach Auflösung der stillen Gesellschaft der Inhaber des Handelsgewerbes mit dem stillen Gesellschafter auseinanderzusetzen und die Forderung desselben in Geld zu berichtigen, auch die Liquidation der bei der Auflösung noch schwebenden Geschäfte zu besorgen. Da der Inhaber des Handelsgewerbes nach wie vor zur Vertretung der stillen Gesellschaft allein berechtigt und verpflichtet ist und der stille Gesellschafter sich die Art und Zeit der Beendigung der schwebenden Geschäfte gefallen lassen muß, so hat

*) Nachdruck ohne Angabe der Quelle verboten.

letzterer keinen gesetzlich begründeten Anspruch darauf, daß der schließlichen Auseinandersetzung der Werth der Aktiva der Gesellschaft zur Zeit der Auflösung derselben, und noch weniger, daß ihr der Buchwerth dieser Aktiva zu Grunde gelegt werde; es muß vielmehr der stille Gesellschafter regelmäßig den bei der Liquidation der schwebenden Geschäfte sich herausstellenden Minderwerth des Gesellschaftsvermögens bei der Berechnung des Gewinnes und Verlustes in Abzug bringen lassen. Dem gegenüber kommt der Artikel 250 des H. G. B. überhaupt nicht in Betracht. Derselbe enthält in Absatz 1 nur eine Definition der „stillen Gesellschaft“ und bestimmt das Rechtsverhältniß der Betheiligten während der Dauer der Sozietät im allgemeinen, spricht sich aber nicht über die Folgen der Auflösung der stillen Gesellschaft und die hiermit in Zusammenhang stehende Frage der Auseinandersetzung der Gesellschafter aus. Muß hiernach in der Grundanschauung des Sach- und Rechtsverhältnisses der Vorinstanz beigetreten werden, so ist es ferner auch zweifellos, daß in Ermangelung eines anderweiten Abkommens der Parteien bei der Abwickelung der Geschäfte nur der für die Aktiva wirklich erzielte Preis, gleichviel ob derselbe dem wahren Werthe der veräußerten Objekte entsprach oder nicht, anzunehmen ist und daß ferner, der Regel nach wenigstens, den Komplementar als Geschäftsinhaber die Bestimmung darüber zusteht, wie und zu welchem Preise er die Aktiven, insbesondere die vorhandenen Immobilien, verwerthen will. III. C. S. i. S. Coburg-Goth. Kreditgesellschaft c. Thüringer Malzfabrik vom 13. Dezember 1887, Nr. 200/87 III.

III. Sonstige Reichsgesetze.

Zur Reichsgewerbeordnung.

22. Die Pulverbereitung gehört zu den Gewerben, welche nach § 16 der R. Gew. O. einer besonderen Genehmigung bedürfen. Die Genehmigung erfolgt ohne Berücksichtigung der auf privatrechtlichen Titeln beruhenden Einwendungen nach einer in geordnetem Verfahren vor sich gehenden Prüfung, ob die Anlage erhebliche Gefahren, Nachtheile oder Belästigungen für das Publikum herbeiführen können (§§ 17, 18); die Genehmigung bestimmt diejenigen Betriebsbedingungen, welche sich aus dieser Prüfung als nöthig ergeben. Die ertheilte Genehmigung bleibt (§ 25) so lange in Kraft, als keine Aenderung in der Lage oder Beschaffenheit der Betriebsstätte, oder keine wesentliche Veränderung in dem Betriebe vorgenommen wird. Nach den Motiven (Reichstags-Verhandlungen 1869 Bd. III. S. 115) ist durch diese gesetzlichen Vorschriften beabsichtigt „die Erledigung aller Einwendungen nicht privatrechtlicher Natur, welche sich aus der besonderen Bestimmung der Anlage ergeben, ... vor der Errichtung der Anlage herbeizuführen und .... mit der Maßgabe zum Abschluß zu bringen, daß, so lange die Anlage unverändert bleibt, auch die polizeiliche Genehmigung unverändert aufrecht erhalten wird.“ Demgemäß hat das Preußische Oberverwaltungsgericht wiederholt entschieden, daß die Polizeibehörde nicht befugt sei, einer nach den Vorschriften der §§ 16 ff. der Gewerbeordnung einmal genehmigten gewerblichen Anlage neue, nicht durch Vorbehalt in der Concession gedeckte, Einrichtungen im Interesse der öffentlichen Sicherheit vorzuschreiben, so lange nicht eine der im § 25 des Gesetzes bezeichneten Aenderungen eingetreten ist (Entscheidungen des Ober-Verwaltungsgerichts Bd. 5 S. 288, 289 Bd. 10 S. 264). Ob indessen hieraus weiter gefolgert werden darf, daß die einmal ertheilte Genehmigung den Gewerbebetrieb in der durch die Genehmigungsurkunde geregelten Weise zu einem „besondere Rechte und Vortheile“ in der oben dargelegten Bedeutung, wenn auch nicht dem beim Concessionsverfahren unbetheiligten Dritten, so doch dem Staate gegenüber mache, dergestalt, daß eine nachträglich gleichwohl von der Polizeibehörde durchgeführte Sicherheitsmaßregel einen Entschädigungsanspruch begründe, kann unerörtert bleiben. Denn die Wirkung der Unabänderlichkeit in den bezeichneten Grenzen kann nicht ohne Weiteres auf Genehmigungen zum Gewerbebetriebe ausgedehnt werden, welche auf Grund anderer Vorschriften und unter andern Voraussetzungen, als denen der R. Gew. O., ertheilt worden sind. Zwar lautet der schon erwähnte § 25 der R. Gew. O.: „Die Genehmigung zu einer der in den §§ 16 und 24 bezeichneten Anlagen bleibt so lange in Kraft, als keine Aenderung in der Lage oder Beschaffenheit der Betriebsstätte vorgenommen wird, und bedarf unter dieser Voraussetzung auch dann, wenn die Anlage an einen neuen Erwerber übergeht, einer Erneuerung nicht. Sobald aber eine Veränderung der Betriebsstätte vorgenommen wird, ist dazu die Genehmigung .... nothwendig. Eine gleiche Genehmigung ist erforderlich bei wesentlichen Veränderungen in dem Betriebe einer der im § 16 genannten Anlagen .... Diese Bestimmungen finden auch auf gewerbliche Anlagen (§§ 16 und 24) Anwendung, welche bereits vor Erlaß dieses Gesetzes bestanden haben.“ Allein der vorstehend hervorgehobene Schlußsatz des § 25 soll nur zum Ausdrucke bringen, daß auch die älteren Anlagen der in den §§ 16 und 24 bezeichneten Art einer Genehmigung nach Maßgabe der §§ 17 bis 24 bedürfen, sobald sie eine Aenderung der Betriebsstätte oder eine wesentliche Aenderung des Betriebes vornehmen wollen, — nicht aber kann er so verstanden werden, daß auf diese älteren Anlagen das Prinzip der Eingangsworte des § 25 dahin anzuwenden sei, daß die vor Emanation der Gewerbeordnung etwa ertheilte Genehmigung stets gleich der nach Maßgabe der Gewerbeordnung ertheilten die Wirkung haben solle, daß neue polizeiliche Auflagen nur im Falle einer Aenderung des Betriebes oder der Betriebsstätte statthaft seien. Der letzteren Auffassung des Schlußsatzes des § 25 steht entgegen, daß er nicht von genehmigten gewerblichen Anlagen (§§ 16, 24) spricht, sondern ganz allgemein von den in den §§ 16, 24 aufgeführten ohne Rücksicht darauf, ob sie nach früherer Gesetzgebung concessionspflichtig und concessionirt waren, oder nicht; es genügt, daß sie „bestanden“. Das bloße Bestehen aber konnte nicht einem genehmigten Bestehen im Sinne der Eingangsworte des § 25, d. h. einem Bestehen mit einer nach den Vorschriften der Gewerbeordnung ertheilten Genehmigung gleichgestellt werden; man würde damit den älteren Anlagen gegenüber das polizeiliche Sicherheitsinteresse völlig preisgegeben haben. Eine vor der R. Gew. O. ertheilte Genehmigung eines Gewerbebetriebes kann daher nur dann die der Genehmigung nach den Vorschriften dieser Ordnung vom Preußischen Oberverwaltungsgerichte beigelegte Rechtswirkung haben, daß sie ein von der Polizei zu respectirendes Recht auf unbehelligte, unveränderte Fortführung gewährt, wenn sie auf Grund eines Gesetzes ertheilt ist, das ihr diese Bedeutung bei-

legt, oder wenn der Inhalt der Concession außer Zweifel stellt, daß ihr diese Bedeutung innewohnen sollte. V. C. S. i. S. Ver. Pulverfabriken c. Fiscus vom 7. Dezember 1887 Nr. 196/87 V.

23. Wenn eine gewerbliche Anlage, namentlich eine solche, für welche aus den Vorschriften der §§ 17 ff. der Gew. O. entsprechendes Concessionirungs-Verfahren nicht stattgefunden hat oder nach der Art des Gewerbes nicht stattzufinden brauchte, nach ihrer Einrichtung oder nach dem Gegenstande des Betriebes nicht benutzt werden kann, ohne die Sicherheit von Personen und Eigenthum in ihrer Umgebung erheblich zu gefährden, auch eine diese Gefährlichkeit der Anlage beseitigende Aenderung nicht ausführbar ist, so würde es nach dem allgemeinen Grundsatze des § 10 Thl. II. Tit. 17 A. L. R. zu den Rechten und Pflichten der Polizeibehörde gehören, die Einstellung eines derartigen Betriebes anzuordnen, und zwar ohne Entschädigungsanspruch des Besitzers, da ein besonderes Recht auf einen Betrieb solcher Art nicht bestehen, insbesondere daraus, daß der Betrieb schon eine gewisse Zeit lang in solcher Art thatsächlich bestanden hat, nicht abgeleitet werden kann. Wenn man gleichwohl genöthigt ist, auch Fälle dieser Art unter die allgemein gehaltene Fassung des § 51 R. Gew. O. zu bringen, so zeigt schon dies, daß die Vorschrift nicht eine Consequenz allgemeiner Rechtsgrundsätze ist, sondern auf Erwägungen der Billigkeit beruht. Dem entsprach es, daß die Quelle des § 51 a. a. O., der § 69 der Pr. Gew. O. vom 17. Januar 1845, unter übrigens gleichen Voraussetzungen nur den Ersatz des wirklichen Schadens (im Gegensatz zum entgangenen Gewinne, A. L. R. Thl. I. Tit. 6 §§ 13, 14) anordnete, eine Anordnung, welche auch in den Bundesraths-Entwurf zu der Gew. O. vom 21. Juni 1869 aufgenommen war, und in Folge der Berathung des Entwurfes im Reichstage durch die jetzige Fassung (erweislicher Schaden) ersetzt wurde, ohne daß aus den Berathungen andere juristische Erwägungen hervortraten als die, daß der der Terminologie des Pr. A. L. R. entnommene Ausdruck „wirklicher Schaden" ungeeignet sei, in einem Gesetze, das für einen weiteren Geltungsbereich als das A. L. R. bestimmt sei (vgl. die Citate bei Landmann, Commentar, zu § 51 Gew. O.). Als Abweichung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen muß aber der § 51 streng ausgelegt werden, und dies, in Verbindung mit der Stellung des Paragraph in dem III. Abschnitt des Gesetzes unter der Ueberschrift: Umfang, Ausübung und Verlust der Gewerbebefugnisse, zwischen den Vorschriften über das Erlöschen der Genehmigung zum Gewerbebetriebe wegen nicht eingehaltener Frist zu dessen Beginnen (§ 49) und über Zurücknahme von Approbationen (§ 53) führt zu der Auffassung, daß unter den „gewerblichen Anlagen" im § 51 nur die zum Betriebe eines Gewerbes getroffenen baulichen und sonstigen Einrichtungen in ihrer Gesammtheit zu verstehen sind, dergestalt, daß Entschädigungspflicht eintritt, wenn die polizeiliche Anordnung (direkt oder indirekt, Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts Bd. 10 S. 271) die Ausübung des Gewerbebetriebes an der einmal gewählten Stelle ganz unmöglich macht, nicht aber schon dann, wenn die Benutzung eines einzelnen Theiles einer Gesammtanlage (einer einzelnen Maschine, eines Maschinentheils, eines bestimmten Gebäudetheiles zu gewissen Verrichtungen) untersagt wird, ohne daß dadurch der Betrieb im Ganzen in Frage gestellt wird. Wann das Eine oder das Andere vorliegt, kann, (beispielsweise wenn eine Gesammtanlage den Betrieb mehrerer, nicht untrennbarer, Gewerbszweige umfaßt und nur die Ausübung eines derselben untersagt wird) zu Zweifeln Anlaß geben, welche aus den thatsächlichen Verhältnissen des Einzelfalles zu entscheiden sind. Siehe Entsch. bei voriger Nummer.

Zum Haftpflichtgesetz.

24. Wenn der vorige Richter bemerkt, die der Epilepsie eigenthümlichen plötzlichen Krampfanfälle seien zwar als unabwendbare Zufälle anzusehen, sie könnten aber als höhere Gewalt im Sinne des Haftpflicht-Gesetzes nur dann bezeichnet werden, wenn sie völlig außerhalb der mit dem Betrieb einer Eisenbahn verbundenen Gefahren eine Verletzung verursacht hätten, so ist in diesen Erwägungen ein doppelter Irrthum zu erkennen. Einmal ist nicht einzusehen, weshalb nur einen epileptischen Anfall, nicht auch einem durch plötzliche Ohnmacht bewirkten Sturz, wie ihn die Kl. erlitten haben will, der Charakter eines unabwendbaren Zufalls beizulegen sein soll. Sodann kann auch die Ansicht nicht gebilligt werden, daß der Begriff der höheren Gewalt ausgeschlossen sei, wenn eine Verletzung der gedachten Art im Zusammenhange mit den dem Eisenbahnbetrieb eigenthümlichen Gefahren stehe, denn es sind eine ganze Reihe von durch Naturereignisse oder sonst wie verursachten Zufällen denkbar, die obwohl sie mit dem Bahnbetrieb in Zusammenhang stehen, unter den gesetzlichen Begriff der höheren Gewalt fallen. III. C. S. i. S. Kasseler Stadteisenbahn c. Fißler vom 9. Dezember 1887 Nr. 258/87 III.

Zum Patentgesetz.

25. Allerdings kann auch eine zufällige Entdeckung als Erfindung geltend gemacht werden, und es kann dem ein Patent Nachsuchenden nicht entgegen gehalten werden, er habe auf die Erfindung seine Thätigkeit nicht gerichtet. Allein wenn er bei der Anmeldung das Wesen seiner konkreten angeblichen Erfindung präzisirt hat, so muß diese Angabe bei der Beurtheilung, ob eine „Erfindung" vorliege, als ihm präjudizirend angenommen werden. Sollte das Patentamt bei Ertheilung des Patents auch erkennen, daß die angemeldete Erfindung eine größere als die angegebene Tragweite habe, so ist dasselbe doch nicht ermächtigt, dieses Moment von Amtswegen zu berücksichtigen. Der über den Nichtigkeitsantrag urtheilenden Behörde kommt diese Befugniß daher ebenfalls nicht zu. I. C. S. i. S. Weinstein c. Guthmann vom 9. November 1887 Nr. 177/87 I.

Zu den Reichsstempelgesetzen.

26. Daß die Pfandbriefe der Mecklenburgischen Hypotheken- und Wechselbank, welche den Gegenstand des Vertrages vom 7., 8., 9., 10. Dezember 1885 bilden, Schuldverschreibungen im Sinne der Ziffer 3 des Tarifs zu dem Reichsstempelgesetze, nämlich inländische auf den Inhaber lautende und auf Grund staatlicher Genehmigung ausgegebene Schuldverschreibungen einer Grundkredit- und Hypothekenbank sind, erscheint unbedenklich und ist zwischen den Parteien außer Streit. Streitig dagegen ist, ob jener Vertrag ein Kauf- oder sonstiges Anschaffungsgeschäft im Sinne der Ziffer 4 des Tarifs enthält. Mit den Vorinstanzen und in Uebereinstimmung mit dem in dem B. U. erwähnten Berichte der Reichstagskommission Nr. 286 S. 15 der Drucksachen des Reichstags, 6. Legislaturperiode, I. Session

1884/85 ist davon auszugehen, daß die in der Tarifposition 4 A erwähnten „Kauf- und sonstigen Anschaffungsgeschäfte" in demselben Sinne zu verstehen sind, wie die entsprechenden Ausdrücke in dem Art. 271 Ziffer 1 des H. G. B., daß sie also jedes auf den Erwerb von Eigenthum an beweglichen Sachen gerichtete entgeltliche Vertragsgeschäft begreifen. Verg. v. Hahn, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen H. G. B., 2. Auflage, Bd. II S. 4 ff., Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, 2. Auflage, Bd. I S. 545, 546, Neumann, das Börsensteuergesetz S. 4. Ein solches Anschaffungsgeschäft enthält nach der Auffassung beider Vorinstanzen der vorliegende Vertrag zwischen der Mecklenburgischen Hypotheken- und Wechselbank und dem Konsortium der 4 Banken. Diese Charakterisirung des Vertrages als Anschaffungsgeschäft zwischen dem Konsortium und der Hypothekenbank ist rechtlich nicht zu beanstanden. Das Anschaffungsgeschäft vollzog sich darnach in der Weise, daß das Konsortium, nachdem es die von der Hypothekenbank gekündigten Pfandbriefe Namens derselben eingelöst und so den Gewahrsam der eingelösten Pfandbriefe erlangt hatte, mit der Abstempelung der Pfandbriefe und der darin nach dem Vertrage liegenden brevi manu traditio den juristischen Besitz und das Eigenthum der so konvertirten Pfandbriefe von der Gegenkontrahentin des Vertrages, der Hypothekenbank, erwarb. Für die Annahme eines zwischen dem Konsortium und den einzelnen Pfandbriefsgläubigern geschlossenen Anschaffungsgeschäfts liegt nach dem Thatbestande der Vorerkenntnisse nichts vor. Ohne Rechtsirrthum gehen vielmehr die Vorderrichter davon aus, daß das Konsortium, indem es den Pfandbriefsinhabern den Nennwerth der von der Schuldnerin gekündigten Pfandbriefe zahlte, als Beauftragter der Schuldnerin eine fällige Schuld derselben berichtigte. Hiernach kann für den vorliegenden Rechtsstreit dahingestellt bleiben, ob in dem unmittelbaren Verhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner der Umtausch von Werthpapieren bei Konvertirungen zum Zwecke der anderweiten Normirung des Zinsfußes als Anschaffungsgeschäft anzusehen, und umgekehrt, ob in diesem Verhältniß ein Anschaffungsgeschäft nicht vorliegt, wenn bei einer Zinsreduktion neue Papiere nicht ausgegeben, die alten vielmehr lediglich mit einem entsprechenden Vermerk versehen werden. Neumann, das Börsensteuergesetz S. 9, 10. Ist sonach mit den Vorderrichtern ein zwischen dem Konsortium und der Mecklenburgischen Hypotheken- und Wechselbank geschlossenes Anschaffungsgeschäft über Schuldverschreibungen einer Hypothekenbank im Sinne der Tarifnummer 4 A 2 des Reichsstempelgesetzes als vorliegend anzusehen, so ist weiter zu prüfen, ob dieses Anschaffungsgeschäft, wie die Vorderrichter angenommen haben, die Verwendung des Stempels in der von der Stempelbehörde erforderten und mit Vorbehalt bezahlten Höhe rechtfertigt. Nach der angeführten Bestimmung des Tarifs beträgt die Stempelabgabe $^{1}/_{10}$ vom Tausend vom Werth des Gegenstandes des Geschäfts und dieser Werth soll nach dem vereinbarten Kauf- oder Lieferungspreis, sonst, d. h.; wenn ein solcher nicht vereinbart ist, vergl. Neumann, a. a. O., S. 21, durch den mittleren Börsen- oder Marktpreis am Tage des Abschlusses bestimmt werden, wobei die zu den Werthpapieren gehörigen Zins- und Dividendenkupons außer Betracht bleiben sollen. Dieser Norm der Werthsbestimmung entspricht das angefochtene Urtheil. Wird näher begründet. IV. C. S. i. S. Deutsche Bank c. Fiskus vom 21. November 1887, Nr. 191/87 IV.

Zum Krankenversicherungsgesetz.

27. Der B. R. faßt den § 86 des Gesetzes vom 15. Juni 1883 dahin auf, daß die nach demselben gestattete Bildung einer neuen Pensionskasse rechtlich die Bedeutung hat, daß an Stelle der alten Kasse zwei neue Kassen treten, von denen jede einen Theil der Zwecke der alten verfolgt, die eine die Gewährung der Kranken- und Sterbegelder, die andere die Zahlung von Pensionen. Er folgert hieraus, daß letztere Kasse in allen die Pensionen betreffenden Beziehungen die Rechtsnachfolgerin der älteren Kasse ist und daher alle nach dem Pensionsreglement von 1858 erwachsenen Pensionsansprüche, die bloß bedingten, wie die unbedingten, zu befriedigen hat. Dieser Ausführung kann nicht beigetreten werden. Die unter 1 des § 86 bezeichnete Krankenkasse tritt allerdings rechtlich an die Stelle der bisherigen Kasse, soweit dieselbe den Zweck der Gewährung von Kranken und Sterbegeldern verfolgt; sie ist keine neue Kasse, erhält auch kein neues Statut, sondern ihr Statut wird nur in Gemäßheit des im § 86 Nr. 1 in Bezug genommenen § 85 den Abänderungen unterzogen, welche die Vorschriften des Gesetzes erfordern. Dies Verhältniß ist ausgedrückt mit den Worten der Nr. 1: „Die bisherige Kasse bleibt als Krankenkasse bestehen." Geradezu im Gegensatze hierzu stehen die Bestimmungen der Nr. 2 bis 4. Nach diesen ist die Errichtung einer besonderen Pensionskasse und die Errichtung eines Kassenstatuts für diese neue Pensionskasse gestattet. Durch diese deutlichen Bestimmungen qualifizirt der Gesetzgeber die neue Kasse nicht als eine als Pensionskasse bestehend bleibende bisherige, sondern als eine neuerrichtete besondere Kasse. Nur in Beziehung auf den Zweck (die Gewährung von Pensionen), nicht aber in rechtlicher Beziehung besteht ein gewisser Zusammenhang beider Kassen insofern, als beide bestimmt sind, invaliden Arbeitern Pensionen zu gewähren. Es sind daher unter Nr. 4 auch nur Bestimmungen darüber getroffen, in welcher Weise das Vermögen der bisherigen, beide Zwecke (die Gewährung von Kranken- und Sterbegeldern einerseits sowie von Pensionen andererseits) verfolgenden Kassen zu dem einen oder aber zu dem anderen Zweck zu verwenden, mit anderen Worten der als Krankenkasse fortbestehenden bisherigen Kasse oder aber der neu errichteten Pensionskasse zu überweisen ist. Hieraus geht hervor, daß die neue Kasse nicht, wie der B. R. annimmt, eine Rechtsnachfolgerin der älteren Kasse in allen die Pensionen betreffenden Beziehungen ist und daß sie daher auch nicht alle Verbindlichkeiten überkommt, welche für die bisherige Kasse gegen ihre Mitglieder künftig erwachsen sein würden, wenn das Gesetz die Bildung besonderer Pensionskassen nicht zugelassen hätte. Es zeigt sich dies namentlich auch darin, daß nach Nr. 4 aus dem Vermögen der bisherigen Kasse zunächst derjenige Betrag, welcher zur Deckung der bereits entstandenen Pensionsansprüche erforderlich ist, ausgeschieden und der Pensionskasse mit der Verpflichtung diese Ansprüche zu befriedigen, überwiesen wird. Hätte der Gesetzgeber eine Rechtsnachfolge in der Allgemeinheit, wie der B. R. sie statuirt, zulassen wollen, so wäre die besondere Auferlegung dieser Verpflichtung überflüssig gewesen; es hätte genügt, denjenigen Betrag, welcher zur Deckung der bereits

entstandenen Pensionsansprüche erforderlich ist, der Pensionskasse zu überweisen. Diese Ausnahme bestärkt die Regel: daß die neue Pensionskasse in den die Pensionen betreffenden Beziehungen nicht Rechtsnachfolgerin der älteren Kasse ist. Bei den bisherigen Betriebs-(Fabrik-)Krankenkassen (und eine solche ist die hier in Rede stehende Kasse) steht aber der Auffassung des B. R. als besonders gewichtiger Umstand noch entgegnen, daß zwar nach Nr. 2 der Beschluß: ob eine besondere Pensionskasse errichtet werden soll? von der statutenmäßigen Vertretung der bisherigen Kasse unter Zustimmung des Betriebsunternehmers gefaßt wird; daß aber nach Nr. 3 das Kassenstatut durch den Betriebsunternehmer errichtet wird und dabei nur die Anhörung der Vertreter der bisherigen Kasse angeordnet ist. Daraus folgt aber zugleich, daß der B. R. auch die §§ 68, 69 Thl. II Tit. 6 des A. L. R. unrichtig angewendet hat, da die Voraussetzung dieser Gesetzesbestimmungen d. h. die Aenderung der Gesellschaftsrechte durch Stimmenmehrheit in der Errichtung eines Statuts durch den Betriebsunternehmer nicht liegt. IV. C. S. i. S. Krupp'sche Pensionskasse c. Niermann vom 1. Dezember 1887, Nr. 181/87 IV.

IV. **Das Gemeine Recht.**

28. Ein frühestens am 182. Tag nach Eingehung der Ehe geborenes Kind ist für ein eheliches zu achten, l. 12 D. de stat. hominum I 5. Diese gesetzliche Präsumtion kann, wie das R. G. bereits in einem früheren Fall ausgesprochen hat, nur durch den in l. 6 Dig. de his qui sui I 6 zugelassenen Gegenbeweis, daß die Vollziehung des Beischlafs zwischen den Eheleuten während der kritischen Zeit der Ehe wegen Abwesenheit oder aus einem anderen Grund unmöglich oder der Ehemann zeugungsunfähig gewesen sei, widerlegt werden. Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. 12 Nr. 40. Im vorliegenden Fall kann nun unerörtert bleiben, ob durch Zugeständniß eines Vormunds des Kindes festgestellt werden könnte, daß die Mutter schwanger in die Ehe getreten und das Kind voll ausgetragen zur Welt gekommen sei. So wenig dem Kl. gestattet ist, die gesetzliche Präsumtion durch den Beweis dieser Thatsachen zu widerlegen, ebensowenig kann er sich darauf berufen, daß diese Thatsachen außer Streit seien. Wenn nämlich der Kl. hieraus den Schluß gezogen wissen will, daß der Bekl. vor der Ehe koncipirt worden sei, so ist er damit deshalb nicht zu hören, weil das Gesetz eben diesen Schluß nicht gestattet, indem es bestimmt, daß ein in der kritischen Zeit geborenes Kind als ehelich erzeugt gelte und daß die Unmöglichkeit der Vaterschaft des Ehemanns nur auf jenem in l. 6 cit. zugelassenen Weg erbracht werden könne. VI. C. S. i. S. Marschall c. Marschall vom 15. Dezember 1887, Nr. 176/87 VI.

29. Bestehen über die Art der Vertheilung der Aufkünfte des Vermögens der Realgemeinde oder über die Theilnahme der Mitglieder derselben an den Nutzungen keine bestimmte Normen, mögen sie auf ausdrücklichen Satzungen oder auf Herkommen beruhen, so hat die Realgemeinde unter Beobachtung der für die Beschlüsse der Korporationen bestehenden Normen über die Art der Verwendung der Nutzungen und Aufkünfte ihres Vermögens Beschluß zu fassen, welchen unter Umständen das einzelne Mitglied, weil derselbe die ihm zustehenden Rechte verletzt, anzufechten berechtigt ist. III. C. S. i. S. Warnecold und Gen. c. Realgemeinde Garmissen, Nr. 198/87 III.

30. An einer zuverlässigen Nachricht über den Ursprung der (Haferzoll) Abgabe fehlt es nach der Feststellung des B. R. völlig. Soviel ist aber zweifellos, daß sie schon vor dem Jahre 1448 von der beklagten Gemeinde an die Herzöge von Sachsen entrichtet, von Letztern im Jahre 1448 und 1689 zuerst wiederkäuflich, dann aber im Jahre 1767 definitiv an die Stadt Pösneck abgetreten und seitdem von der Bekl. an sie alljährlich bis zum Jahre 1875 incl. entrichtet worden ist. Dieser seit unvordenklicher Zeit ununterbrochen fortgesetzten, bis in die letzten Jahre unbestrittenen thatsächlichen Ausübung des Rechts gegenüber kann es nicht Aufgabe der Kl. sein, dessen heutigen Fortbestand erst noch durch den Nachweis zu begründen, daß der Rechtsgrund der Abgabe und mit ihm diese selbst nicht weggefallen sei. Vielmehr war durch die unbestrittene Behauptung des unvordenklichen Besitzes an der zweifellos realen Gerechtsame die Klage an sich begründet, und umgekehrt Sache der Bekl., darzuthun, daß und warum sie in Wegfall gekommen sei. Hieran kann auch der Umstand nichts ändern, daß in der Zeit, aus der nach Annahme des B. R. das ganze Verhältniß vermuthlich stammt, Abgaben bestanden haben, welche, weil mit der Landeshoheit im Zusammenhang, bei den heutigen staatlichen Verhältnissen ihre Grundlage verloren haben. III. C. S. i. S. Stadt Pösneck c. Wernburg vom 20. Dezember 1887, Nr. 212/87 III.

31. Innerhalb des privatrechtlichen Verbandes, welchen die (Kanal)-Genossenschaft bildet, erscheint die mit der Bauleitung betraute Staatsregierung als die Vertreterin der Sozietät, deren rechtliche Stellung das Besondere hat, daß das auszuführende Werk ihrem freien Ermessen anheimgegeben ist. Die Staatsregierung ist die mit dieser Vollmacht ausgerüstete Repräsentantin, deren Handlungen die Genossenschaft in unbedingter Weise binden. Daraus folgt nun zwar, daß die Genossenschaft ebenso wie jedes einzelne Mitglied derselben, keinen Einfluß auf die Ausführung des Kanalbaues geltend machen, daß sie das ausgeführte Werk als ein Werk der Genossenschaft anerkennen muß. Nicht aber folgt hieraus, daß, wenn ein einzelner Genosse durch die Art der Ausführung nachweisbar beschädigt wird, er jedes Rechtsbehelfs gegen die Genossenschaft, deren Repräsentant die Beschädigung verursacht hat, entbehren müßte. Man kann nicht unterstellen, daß der Einzelne und die Gesellschaft bei Ertheilung des Auftrags das gewollt, beziehungsweise daß sie zum Voraus etwaige Beschädigungen solcher Art gutgeheißen haben. Was der Wille der Gesellschaft und aller Einzelnen in dieser Richtung war, muß sich aus dem in den Statuten festgestellten Gesellschaftszweck ergeben; letzterer ist aber nur darauf gerichtet, daß aus den Leistungen der Betheiligten und mit den Subsidien des Staats bestimmte Kanäle gebaut und von der Genossenschaft betrieben werden sollen. Ist daher ein Kanal von dem Repräsentanten der Gesellschaft in der Weise ausgeführt worden, daß ein einzelner Sozius über den Gesellschaftszweck hinaus oder in Widerspruch mit demselben zu Leistungen herangezogen oder daß ihm bei Ausführung des Baues ein außerhalb des Gesellschaftszwecks liegender Schaden zugefügt wurde, so hat die Gesellschaft einzutreten, weil sie nicht bloß Dritten, sondern auch den Gesellschaftern gegenüber für dasjenige haftet, was der Vertreter der Gesellschaft gethan hat. III. C. S. i. S. Fürstl. Bentheim'sche Domainenkammer c. Genoss. der linksemsischen Kanäle vom 17. Dezember 1887, Nr. 168/87 III.

V. Das Preußische Allgemeine Landrecht.

32. Der § 10 Thl. II. Tit. 17 A. L. R. bestimmt die Aufgabe der Polizei ihrem Gegenstande nach dahin, daß sie „die nöthigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung und zur Abwendung der dem Publiko oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahren zu treffen" hat. Damit begründet er zugleich die gesetzliche Befugniß der Polizeibehörde, sei es durch allgemeine Polizei-Verordnung, sei es im einzelnen Falle durch Verfügung dasjenige anzuordnen, was zur Erfüllung dieser Aufgabe erforderlich ist. Entscheidung des Ober-Verwaltungsgerichts vom 11. März 1885 Bd. 11 S. 365. Die Gesetzmäßigkeit, Nothwendigkeit oder Zweckmäßigkeit der auf Grund dieser Befugniß im Einzelfalle von der Polizeibehörde getroffenen Anordnungen unterliegt nicht der Prüfung durch die ordentlichen Gerichte (Gesetz vom 11. Mai 1842 § 1). Hat nun die Polizeibehörde die Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgabe, zur Abwendung der aus dem Betriebe der Kl. dem die Straße benutzenden Publikum drohenden Gefahren, der Kl. gegenüber gewisse Anordnungen getroffen, so ist daraus allein, daß bei Befolgung dieser Anordnungen die Kl. in ihrer Vermögenslage in irgend welcher Art ungünstiger gestellt wird, ein Entschädigungsanspruch nicht herzuleiten. Denn die freie Entfaltung und Verwerthung der persönlichen Kräfte und Fähigkeit des Einzelnen, wie die freie Verwendung des Vermögens findet im Staate ihre nothwendige Grenze in der Gleichberechtigung aller Andern; nur unter der durch diese Grenze gegebenen Einschränkung ist jedes Einzelrecht im Staate anerkannt, und hat insoweit dem, durch die zuständigen Staatsbehörden zu wahrenden öffentlichen Interesse gegenüber nur einen relativen Werth. Selbst das umfassendste der Vermögensrechte, das Eigenthum, versteht sich im Staate nur unter derjenigen Beschränkung, welche der c. c. (Art. 544) sogar in die Begriffsbestimmung aufgenommen hat mit den Worten: „pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et par les règlements." (Vergl. auch Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. 9 S. 203). Nur dann entsteht grundsätzlich ein Entschädigungsanspruch, wenn das öffentliche Interesse in ein besonderes Recht des Einzelnen, wie es unter der vorbezeichneten Schranke besteht und vom Rechte anerkannt ist, eingreift. Das ist es, was das A. L. R. (Einleitung § 75) mit den Worten ausdrückt: „Dagegen ist der Staat demjenigen, welcher „seine besondern Rechte und Vortheile dem Wohle des gemeinen Wesens aufzuopfern genöthigt wird, zu entschädigen gehalten." Unter den hier neben den Rechten erwähnten „besonderen Vortheilen" können nicht zufällige Vortheile, die dem Einzelnen durch thatsächlich bestehende Verhältnisse erwachsen, sondern nur die einzelnen vortheilhaften Ausflüsse bestehender besonderer Rechte, nur diejenigen Vortheile verstanden werden, auf welche der Einzelne, der sie aufgeben soll, ein sogenanntes wohlerworbenes Recht hat. (Die Verlegung von Verkehrswegen z. B. giebt nicht ohne Weiteres dem einen Entschädigungsanspruch, dessen Gewerbebetrieb auf das Bestehen eines bestimmten Verkehrsweges berechnet ist). Dementsprechend erklärt der § 4 des Gesetzes vom 11. Mai 1842 den Rechtsweg für statthaft, wenn behauptet wird, daß durch eine polizeiliche Verfügung ein Eingriff in Privatrechte geschehen sei, für welchen nach den gesetzlichen Vorschriften über Aufopferung der Rechte und Vortheile des Einzelnen im Interesse des Allgemeinen, Entschädigung gewährt werden muß. Es fragt sich also, ob die konkreten sicherheitspolizeilichen Anordnungen, wie sie der Kl. gegenüber getroffen worden sind, einen Eingriff in ein Privatrecht der Kl. darstellen. V. C. S. i. S. A. G. Ver. Pulverfabriken c. Fiscus vom 7. Dezember 1887 Nr. 196/87 V.

33. Es fragt sich, welche Rechtswirkung ein mündlicher Vertrag über ein Grundstück erzeugt, wenn (wie Kläger behauptet) die theilweise Erfüllung desselben statt gefunden hat. Von dem früheren Preußischen Ober-Tribunal ist in einer Reihe von Erkenntnissen der Rechtsgrundsatz ausgesprochen, daß in solchem Falle die Verpflichtung des Empfängers nicht aus dem Vertrage, sondern aus der Erfüllung — dem Geben und Nehmen — entsteht, daß also an sich nur die Rückgabe des Gegebenen gefordert werden darf, welche jedoch durch die Gegenleistung, wenn sie der Geber annehmen will, abgewendet werden kann (Striethorst Archiv, Bd. 36, S. 133; Bd. 26, S. 193. Rehbein, Entscheidungen des Ober-Tribunals Bd. I S. 367 Note*). Auch das R. G. hat in dem Urtheil vom 24. Februar 1882 (Entscheidungen Bd. VI, S. 316 I. Hülfssenats) ausgesprochen, daß beim Mangel der Schriftform bei Verträgen über Grundstücke, selbst wenn schon beiderseits erfüllt ist, jeder Theil die Befugniß hat, den Vertrag zu widerrufen, und daß für diesen Fall die Vorschriften des A. L. R. Th. 1 Tit. 5 §§ 156 ff. Anwendung finden. Es wird ausdrücklich bemerkt, daß für keinen Theil die rechtliche Verpflichtung zur Erfüllung eines derartigen formwidrigen Vertrages besteht. Diese Auffassung des bei einem unförmlichen Vertrage eintretenden Rechtsverhältnisses bildet indessen kein Hinderniß dafür, daß der vertragstreue Kontrahent auf Erfüllung klagt. Ist der andere Kontrahent damit einverstanden, daß die gegenseitigen Verpflichtungen nach Maßgabe des mündlichen Vertrages beurtheilt werden, so hat der Richter diesen bei seiner Entscheidung zu Grunde zu legen. Wendet jedoch der auf Erfüllung belangte Beklagte ein, daß er den ungültigen Vertrag nicht halten wolle, und erbietet er sich zur Rückgabe des Empfangenen, so ist damit der Anspruch auf Erfüllung beseitigt. Der Kl. kann nur die Rückgabe des Gegebenen verlangen, und der Bekl. braucht nur diese, nicht das mündlich Versprochene zu gewähren (Vergl. Gruchot Beiträge Bd. 31 S. 909. Urtheil des V. C. S. des R. G). Der vom B. R. ausgesprochene Rechtssatz, daß dem Zurücktretenden bis zur Annahme seitens des anderen Theiles das Wahlrecht zusteht, ist zwar als richtig anzuerkennen (Vergl. Entscheidungen des R. G. in Gruchot, Beiträge, Bd. 24 S. 800 II. Hülfssenats, Bd. 26 S. 906 V. C. S.) Er darf jedoch nicht dahin ausgedehnt werden, daß die Rücktrittserklärung erst mit der Zustimmung des anderen Theiles Rechtswirksamkeit erlangt. Der Richter hat vielmehr die bloße Möglichkeit einer Willensänderung nicht zu berücksichtigen, sondern seine Entscheidung auf Grund der ihm vorliegenden Rücktrittserklärung des dazu Berechtigten abzugeben. Ebenso wenig läßt sich die Ansicht des B. R., daß die Rücktrittserklärung allein, verbunden mit dem Erbieten zur Rückgabe des Empfangenen, den Anspruch auf Erfüllung des mündlichen Vertrages noch nicht beseitige, billigen. In dem für diese Entscheidung angezogenen Urtheil des früheren Preußischen

Obertribunals (Striethorst, Archiv Bd. 96, S. 238) war der Bekl. verurtheilt, entweder mehrere Grundstücke gegen Erstattung dessen, was er in Erfüllung des mündlichen Vertrages geleistet hatte, zurückzugeben, oder den mündlich verabredeten Kaufpreis zu zahlen. Darnach lag der Entscheidung ein wesentlich anderer Thatbestand zu Grunde, und es bedarf keiner Erörterung, ob die bei Beurtheilung dieses konkreten Falles zur Anwendung gebrachten Rechtsgrundsätze auch für den vorliegenden Fall zutreffend zu erachten sind. Es muß vielmehr davon ausgegangen werden, daß der vom Kl. geltend gemachte Anspruch auf Erfüllung des mündlichen Vertrages durch den Rücktritt des Bekl. hinfällig geworden ist. V. C. S. i. S. Pfennig c. Müncheberg vom 10. Dezember 1887, Nr. 229/87 V.

34. Es ist dagegen nichts zu erinnern, daß der Vorderrichter im Anschlusse an die Rechtsprechung des vormaligen Preußischen Obertribunals (Entscheidungen Bd. 55, S. 24, Striethorst Archiv Bd. 61 S. 81) in dem Verkaufe eines ganzen Gutes unter Zusicherung einer bestimmten Größe nicht einen Kauf nach Maß, sondern einen Kauf unter Vorbedingung einer bestimmten Eigenschaft erblickt und deshalb nicht die §§ 207—211 Thl. I. Tit. 11 A. L. R., sondern die §§ 192, 197, 198, 206 Thl. I. Tit. 11 und §§ 319 ff. Thl. I. Tit. 5 A. L. R. zur Anwendung bringt, (vgl. auch Urtheil des R. G. vom 7. Dezember 1880, Gruchot's Beiträge Bd. 25 S. 977). V. C. S. i. S. Stenschke c. Gensar vom 7. Januar 1888, Nr. 254/87 V.

35. Wenn auch die durch einen Arrest herbeigeführte Belastung auch nur eine bedingte war, so verliert sie dadurch doch so lange sie besteht, nicht den Charakter eines Mangels in der vertragsmäßigen Beschaffenheit, den sich der Käufer nicht gefallen zu lassen braucht. Auch kommt es dabei nicht auf ein Versehen des Bekl. an. Der Käufer hat aus dem Vertrage einen Anspruch auf Uebergabe in der bedungenen Beschaffenheit, der in dieser Begrenzung d. h. als das Recht einer Sache anderer Beschaffenheit die Annahme zu versagen, nicht an den Nachweis eines Verschuldens des Verkäufers gebunden ist. Es findet auch auf diesen Fall nicht die Vorschrift des § 222 I 11 A. L. R. Anwendung, welche den Fall der vollständigen Uebergabe des Grundstücks voraussetzen. Denn dieser Paragraph schließt sich unmittelbar an an die Bestimmung im vorhergehenden § 221, welcher den Käufer gegen Empfang der Sache zur sofortigen Erlegung des Kaufgeldes verpflichtet und setzt diesen Empfang voraus, wie aus den Worten „Kommen aber" gefolgert werden muß. — Vergl. Dernburg I § 141 Anmerkung 6, II A. — Nun war zwar unstreitig die Uebergabe des Grundstücks bereits vor dem Tage erfolgt, ehe die Auflassung angeboten wurde. Aber nach heutigem Rechte bildet die Auflassung bei freiwilligen Veräußerungen von Grundstücken einen Theil der Erfüllung in der Hauptsache (§ 1 a. a. O.), da nur durch sie das Eigenthum an dem verkauften Grundstück abgetreten werden kann. Man darf sie deshalb sogar als einen Akt der Uebergabe betrachten, da die Uebergabe von Grundstücken, bewirkt von dem Verkäufer, der Eigenthümer des Kaufgegenstandes war, vor dem E. E. G. vom 5. Mai 1872 zugleich die Eigenthumsabtretung in sich schloß. Daraus folgt, daß die Kl. trotz der körperlichen Uebergabe berechtigt war, die Annahme der Auflassung wegen nicht vertragsmäßiger Beschaffenheit des aufzulassenden Grundstücks abzulehnen. Vergl. Dernburg a. O. Anmerkung 27. V. C. S. i. Sachen Huch c. Schultze vom 21. Dezember 1887, Nr. 248/87 V.

36. Der § 381 Thl. I Tit. 11 des A. L. R. entscheidet nicht, an welche Voraussetzungen die Rechtswirksamkeit einer Cession gebunden ist. Wenn dort verordnet ist, daß bei der eigentlichen Cession, je nachdem dafür baares Geld oder eine andere Sache oder ein Recht gegeben worden, die Regeln des Kaufes oder des Tausches Anwendung finden, so hat diese Vorschrift nicht die Cession als Akt der Uebertragung von Rechten, sondern die für dieselbe zu gewährende Gegenleistung im Auge und bestimmt, daß, je nachdem diese in baarem Gelde oder in Sachen oder Rechten besteht, das der Cession zu Grunde liegende Rechtsgeschäft als Kauf oder Tausch zu behandeln ist. Es kann daher aus § 381 und auch aus dem ferner herangezogenen § 31 a. a. O. die Rechtswirksamkeit der streitigen Cession nicht gefolgert werden. Der Auffassung des B. R. steht aber im Weiteren entgegen, daß nach preußischem Rechte — §§ 376 ff. Thl. I Tit. 11 des A. L. R. — nur Rechte cessibel sind, seien es obligatorische oder andere Rechte, nicht aber der reelle oder ideelle Antheil an einer gemeinschaftlichen Masse als eines Inbegriffs von Sachen, und ferner ist die Annahme der Rechtswirksamkeit der Cession um deswillen ausgeschlossen, weil der Gegenstand der Uebereignung unbestimmt geblieben ist und nach Lage der Sache auch nicht bestimmbar ist. Abgetreten ist der Erbtheil in Höhe von 4 200 Mark nebst Zinsen, also — wovon auch der B. R. ausgeht — nicht der ganze Erbtheil, sondern nur ein Theil desselben; denn zur Zeit der Cession war, wenn auch nur vorläufig, der fragliche Erbtheil auf 6 945,95 Mark ermittelt. Ist aber nur ein Theil des Erbtheils abgetreten, so muß in Frage kommen, wie sich dieser Theil im Verhältniß zum ganzen Erbtheil abgrenzt und welche von den im Erbtheile enthaltenen Vermögenswerthe zur Deckung des abgetretenen Theils als übereignet anzusehen sind. Für eine solche Feststellung ist weder in der Cession noch sonst ein Anhalt gegeben. Letzteres ist auch von dem B. R. selbst insofern anerkannt, als er die Kl. mit dem weitergehenden Antrage hinsichtlich der beiden Hypothekenantheile abgewiesen hat, weil sich nicht annehmen lasse, daß die Cession sich nur auf diese Hypothekenantheile bezogen habe. IV. C. S. i. S. Jonas c. Aktienbrauerei vom 28. November 1887, Nr. 199/87 IV.

37. Der § 732 Thl. I., Tit. 11. A. L. R. bestimmt: „Der Schuldschein begründet die Vermuthung für die Richtigkeit alles dessen, was darin enthalten ist, so lange das Gegentheil nicht ausgemittelt werden kann." Diese Bestimmung, welche nach ihrer Fassung keinen Zweifel darüber aufkommen läßt, daß die im Schuldschein abgegebenen Erklärungen die Vermuthung der objectiven Richtigkeit ihres Inhalts begründen, gehört dem materiellen Rechte an und ist deshalb nach § 16 Nr. 1 des E. G. zur C. P. O. durch die Vorschriften der C. P. O. nicht berührt. Es kann sich auf den Inhalt des Schuldscheins nicht allein der Gläubiger gegenüber dem Schuldner berufen, sondern, da der § 732 a. a. O. keinen Unterschied in subjectiver Beziehung macht, ist auch der Schuldner, welcher das Schuldbekenntniß erklärt hat, berechtigt, den Beweis für seine dem Inhalt des Schuldscheins entsprechenden Behauptungen dem Gläubiger und dritten Personen gegenüber durch den Schuld-

schein zu führen. V. C. S. i. S. Bruchmüller c. Dochow vom 14. December 1887 Nr. 258/87 V.

38. Nach § 198 Thl. II Tit. 1 des A. L. R. muß „in allen Fällen, wo die Frau in stehender Ehe zu etwas, wozu sie die Gesetze nicht verpflichten, dem Manne oder zu dessen Vortheil verbindlich gemacht werden soll, der Vertrag oder die Verhandlung gerichtlich vollzogen werden", und nach § 199 daselbst „können daher aus bloßen außergerichtlichen Verträgen zwischen dem Mann und der Frau für die letztere zwar Befugnisse, aber keine Verbindlichkeiten entstehen." Weshalb sich diese Vorschriften nicht auch auf Verträge über die Vertheilung eines gemeinsamen Erwerbs beziehen sollten, ist nicht abzusehen und die vom Rkl. aufgestellte entgegengesetzte Meinung entbehrt der gesetzlichen Begründung. Der B. R. nimmt nun an, daß, wenn der Bekl. in Wirklichkeit auf die Grundstücke seiner Ehefrau, namentlich zum Wiederaufbau abgebrannter Gebäude und zur Bezahlung von Schulden derselben, 6000 Mk. aus seinem eigenen Vermögen verwendet habe, seine Ehefrau ihm zur Erstattung dieser Summe verpflichtet gewesen wäre und demnach das zur Erfüllung dieser Verpflichtung getroffene Abkommen der durch § 198 cit. vorgeschriebenen gerichtlichen Form, welche nur für Geschäfte, „mit — für den Mann — lukrativen Charakter" nothwendig sei, nicht bedurft habe, vielmehr durch die sofortige Erfüllung verbindlich geworden sein würde. — Obwohl in dieser Ausführung das Anwendungsgebiet des § 198 cit. mit Unrecht auf Geschäfte mit lukrativem Charakter eingeschränkt ist, da es grundsätzlich nur darauf ankommt, ob die Frau dem Manne gegenüber ohne gesetzliche Nöthigung eine Verpflichtung eingegangen ist, und deren Abgeltung durch eine Gegenverpflichtung des Mannes nicht in's Gewicht fällt (sonst würden alle zweiseitigen — onerosen — Verträge von dem Anwendungsgebiete des cit. § ausgeschlossen sein) so kann doch vorliegend hierüber hinweggegangen werden, da dem B. R. zuzugeben ist, daß ein Vertrag, welcher lediglich die Befriedigung des Mannes wegen eines rechtsgültigen Anspruchs an seine Frau, mithin die Erfüllung einer Rechtspflicht der letzteren bezweckt, der Formvorschrift des § 198 cit. nicht unterliegt. IV. C. S. i. S. Krüger c. Graßmann vom 5. Januar 1888 Nr. 249/87 IV.

39. Dem B. R. ist unbedenklich darin beizutreten, daß der Kl. durch den Vertrag vom 24. Mai 1853 ein solches Recht auf Uebernahme des Freiguts, welches der Ehemann durch Verfügungen unter Lebenden ihr nicht entziehen durfte, eingeräumt worden ist. Wenn auch der § 629 des A. L. R. Thl. I Tit. 12 in der Begründung des B. U. unrichtig zur Anwendung gebracht ist, indem diese Gesetzesvorschrift sich auf Erbverträge über einen bestimmten Theil d. h. eine Quote, nicht aber auf Verträge über bestimmte Gegenstände des Nachlasses bezieht, auf den vorliegenden Fall, in welchem es sich um einen Vertrag über bestimmte Nachlaßgegenstände handelt, also keine Anwendung findet, so ist doch der Hinweis auf den § 456 des A. L. R. Thl. II Tit. 1 zutreffend. Der Vertrag vom 24. Mai 1853 ist ein Ehevertrag, in welchem der Ehemann seiner Frau auf den Todesfall etwas eigenthümlich ausgesetzt hat, und zwar außer den im Vertrage bezeichneten Gattungen von Sachen das hier in Frage kommende Recht auf Uebernahme des Freiguts. Ob ein solcher Vertrag als ein Geschäft unter Lebenden, dessen Verwirklichung bedingt ist durch den Wittwenstand der Ehefrau (Dernburg Preußisches Privatrecht Bd. III — 3. Auflage — S. 17) oder als ein partikulärer Erbvertrag (Bornemann System — 2. Auflage Bd. VI S. 213, 214) aufzufassen, ist für die vorliegende Frage nicht von Bedeutung. In jedem Falle hatte die Frau schon bei Lebzeiten ihres Ehemannes das im § 465 a. a. O. ihr gewährte Recht auf Sicherheitsleistung und der Ehemann konnte den seiner Frau eingeräumten Anspruch auf Uebernahme des Freiguts ihr durch eine Veräußerung des letzteren nicht entziehen (Dernburg a. a. O. S. 510). VI. C. S. i. S. Greulich c. Ullrich vom 9. Januar 1888 Nr. 248/87 IV.

VI. Sonstige Preußische Landesgesetze.

Zur Cirkularverordnung vom 14. Juli 1797.

40. Abwendung eines zu erwartenden Nachtheils ist ohne Zweifel ein Vortheil. Die Verordnung vom 14. Juli 1797 findet daher auf den Vertrag Anwendung, durch den sich ein Hypothekengläubiger Ersatz des bei einem zu niedrigen Gebote durch den Ausfall seiner Forderung für ihn erwachsenden Nachtheils zusichern läßt. Ihre Anwendbarkeit kann aber auch dann nicht ausgeschlossen sein, wenn der Eigenthümer gegen den Nachtheil, der aus einem zu niedrigen Gebote für ihn entsteht, sich vertragsmäßig zu decken sucht und durch Zusicherung solcher Deckung sich davon abhalten läßt, mitzubieten oder durch Andere mitbieten zu lassen. Das B. G. führt weiter aus, daß der Bekl. durch den Abschluß des Vertrages keinen den Schuldner oder die eingetragenen Gläubiger schädigenden Vortheil gesucht habe. Demgegenüber ist zu bemerken, daß — wie das Obertribunal in dem Bd. 64 S. 395 ff. der Entscheidungen abgedruckten Urtheile angenommen hat, — es richtig sein mag, nach der ratio legis und der Bestimmung im § 3 der Verordnung die letztere keine Anwendung finden zu lassen, wenn ein Nachtheil des Eigenthümers oder seiner Gläubiger nicht vorliegt und nicht vorliegen kann. In dem vom Obertribunal entschiedenen Falle handelte es sich um eine nothwendige Subhastation Theilungs halber, welche die Rechte der Realgläubiger des Grundstücks nicht berührt. In dem fraglichen Falle konnte also gesagt werden, daß ein Nachtheil für die Gläubiger durch den Vertrag über das Abstehen vom Bieten nicht habe erwachsen können. Anders liegt die Sache im vorliegenden Falle, in welchem ein Zwangsverkauf Schulden halber, welcher die Rechtsstellung der Realgläubiger sehr wesentlich beeinflußt in Frage steht. Nun ist es allerdings — worauf das B. G. Gewicht gelegt hat — der Kl. selbst, der Inhaber der einzigen, außer der Hypothekenpost des Bekl. auf dem Gute noch eingetragenen Post gewesen, so daß also im vorliegenden Falle außer den Vertragschließenden selbst ein mit seiner Forderung auf dem Grundbuchblatte des Gutes eingetragener Gläubiger nicht vorhanden gewesen ist. Allein hierauf kann das entscheidende Gewicht nicht gelegt werden. Die Anwendung der Verordnung vom 14. Juli 1797 ist — wie auch das Obertribunal in dem Bd. 72 S. 74 der Entscheidungen abgedruckten Urtheile angenommen hat — vermöge ihrer Natur als eines die öffentlichen Interessen berührenden Verbotsgesetzes von dem Nachweise eines bestimmten Nachtheiles für die Interessenten der Subhastation unabhängig. Mag also auch die Anwendung derselben, wie in dem oben besprochenen Falle einer Subhastation Theilung halber, dann ausge-

schlossen sein, wenn ein Interessent durch das fragliche Abkommen nicht benachtheiligt sein kann, so liegt doch dieser Fall hier nicht vor. Nach der Natur der Sache war der Vertrag an sich geeignet, nicht eingetragene Realgläubiger, solche Gläubiger nämlich, deren Forderungen auch ohne Eintragung dinglich sind, zu schädigen. Und dieser Umstand reicht hin, um den Vertrag der Anwendung der Verordnung, deren Voraussetzungen nach den obigen Ausführungen auch im übrigen vorliegen, nicht zu entziehen. IV. C. S. i. S. v. Oppenfeld c. Herzfeld, vom 12. Dezember 1887, Nr. 253/87 IV.

Zu den Grundbuchgesetzen.

41. Die Auflassung wird, wie jeder andere Vertrag, beherrscht durch den Willen der Kontrahenten, ebenso die auf Grund derselben erfolgte Eintragung des Eigenthumsübergangs. Dieser aus der rechtlichen Natur des Vertrages folgende Grundsatz hat durch das mehrangezogene Gesetz über den Eigenthumserwerb keine Abänderung erlitten, sondern Anerkennung im § 9 Abs. 1 daselbst gefunden, welcher lautet: „Die Eintragung des Eigenthumsüberganges und deren Folgen können nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts angefochten werden." Modifikationen dieses Grundsatzes treten nur ein, wenn sich eine Kollision ergiebt mit dem anderen Rechtsgrundsatz, welcher beim entgeltlichen Erwerb im guten Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs dessen Uebereinstimmung mit der Wirklichkeit als Fiktion aufstellt. Daß diese Fiktion auch dem zur Seite steht, welcher solcher Art erworben hat von einem auf Grund des älteren Rechts eingetragenen Eigenthümers, hat das R. G. in dem Bd. 16 S. 225 ff. der Entscheidungen des R. G. für Civilsachen abgedruckten Urtheil bereits befunden. Der Kl. kann sich deshalb, wie der B. R. zutreffend hervorhebt, nicht darauf stützen, daß die Rechtsvorgängerin des Bekl. ihre Eintragung als Eigenthümerin nicht auf Grund einer Auflassung erhalten hatte. Aber der Bekl. konnte, wenn die Behauptung des Kl. richtig ist, sich auf seinen guten Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs überhaupt nicht berufen. Er hat nicht geglaubt, daß die Wittwe T's Eigenthümerin der streitigen Fläche sei, daß diese von der auf dem Grundbuchblatte enthaltenen Katasterbezeichnung befaßt werde; er hat auch nicht erwerben wollen, was diese Bezeichnung in Wirklichkeit enthielt, sondern nur das, was er und seine Mitkontrahenten darunter verstanden haben: er hat auch das erhalten, worauf sein Erwerbungswillen gerichtet war. Der Inhalt dieses Willens kann aber nur so in Betracht kommen, wie er bestand zur Zeit des Vertragsabschlusses in seiner Uebereinstimmung mit dem Veräußerungswillen auf der anderen Seite. Eine Aenderung desselben auf Grund der nachträglich erlangten Kenntniß von der irrthümlichen Bezeichnung kann als einseitiger Akt des Erwerbers diesem nicht mehr Rechte geben, als er erlangt hatte. Das R. G. hat bereits mehrfach entschieden, daß unter den Kontrahenten eines Auflassungsvertrages für den Gegenstand der Auflassung und für die Anfechtung der Eintragung des Eigenthumsüberganges bestimmend sei der wirkliche Wille des Vertrages und nicht die irrthümliche Bezeichnung. Wird näher ausgeführt. V. C. S. i. S. Hüting c. Henke vom 13. November 1887, Nr. 247/87 V.

42. Das R. G. hat bereits in den beiden in Gruchot's Beiträgen Bd. 24 S. 545 und 1019 abgedruckten Entscheidungen im Anschluß an die Judikatur des früheren Preußischen Obertribunals (vgl. Entscheidungen des Obertribunals Bd. 78 S. 86) angenommen, daß die Auflassung und die derselben entsprechende Eintragung des Eigenthumsübergangs angefochten werden könne, wenn es sich um ein Scheingeschäft handle, nicht bloß von den Kontrahenten, sondern auch von einem außerhalb des Vertrages stehenden Dritten, dessen Recht durch den Eigenthumsübergang verletzt wird. Das, was gilt von einem nicht ernstlich gemeinten Willen, muß auch gelten, wenn es an einem Willen überhaupt gefehlt hat, zu veräußern und zu erwerben, und nichts weiter vorliegt, als die aus der nachträglich erlangten Kenntniß von der Unrichtigkeit der Bezeichnung des Erworbenen entsprungene Absicht, sich diese Unrichtigkeit auf Kosten eines Anderen, „in offenbar unredlicher Weise", wie es in der angezogenen Entscheidung des Obertribunals gekennzeichnet wird, zu Nutze zu machen. Siehe Entscheidung bei voriger Nummer.

43. Nach Doktrin und Praxis, ist nur die vom Veräußerer ausgehende Benachrichtigung nach § 41 Absatz 2 E. E. G. von Wirkung (vgl. die Citate in Turnaus Grdb. O. 3. Aufl., S. 751, Anm. 17). Der Erwerber eines Grundstücks wird schon durch die bloße Uebernahme von Hypotheken in Anrechnung auf das Kaufgeld ohne Weiteres persönlich verpflichtet, die Befreiung des Veräußerers von seiner Verbindlichkeit gegen den Hypothekengläubiger zu bewirken oder Zahlung der übernommenen Post zu leisten. Ueber den Zeitpunkt, in welchem die Verpflichtung des Erwerbers und Schuldübernehmers zur Befreiung des Veräußerers von seiner fortbestehenden persönlichen Schuldverbindlichkeit zu erfüllen ist, entscheidet in erster Linie der sich aus den Umständen ergebende oder durch besondere Vereinbarung kundgegebene Wille der Contrahenten. Wäre also z. B. ausgemacht, daß der Käufer sofort den Verkäufer freimachen soll, so ist er dies zu thun verbunden, ohne Rücksicht auf Fälligkeit und Kündbarkeit der Schuld. (Vergl. Koch's A. L. R. 8. Aufl., Bd. 2, S. 756.) Es gelten in dieser Hinsicht folgende Sätze: Ist die übernommene Hypothek fällig, so tritt diese Pflicht sofort ein. Ist die Hypothek nicht fällig, aber von Seiten des Schuldners sofort oder erst nach Ablauf einer bestimmten Zeit kündbar, so muß die Exnequation erfolgen, sobald nach Eintritt des nächsten Kündigungstermins die Kündigungsfrist abgelaufen ist. Ist die Hypothek von Seiten des Schuldners unkündbar oder vor Eintritt eines bestimmten Termins nicht kündbar, darf aber der Gläubiger überhaupt beziehungsweise früher als der Schuldner kündigen, so tritt die Exnequationspflicht des Käufers dann ein, wenn der letztere in Folge thatsächlich Seitens des Gläubigers erfolgter Kündigung verpflichtet und berechtigt ist, dem Gläubiger Zahlung zu leisten. Eingehend begründet V. C. S. i. S. Bruchmüller c. Dochow vom 14. December 1887 Nr. 258/87 V.

44. Weder unter der Herrschaft des A. L. R. noch seit Geltung der Grundbuchgesetze vom 5. Mai 1872 ist in der Judikatur und Doktrin gezweifelt worden, daß der eingetragene Eigenthümer eines Grundstück eine auf diesem eingetragene Post, bezw. das Verfügungsrecht darüber nur dadurch erwirbt, daß er den Gläubiger durch Zahlung befriedigt oder die Post in anderer Weise getilgt hat. Geschieht die Befriedigung des Gläubigers durch einen Dritten, nicht für den Grundeigenthümer, sondern lediglich im eigenen Interesse, so wird dadurch kein Erwerb der Post für den Grundeigenthümer vermittelt, vielmehr tritt der

Dritte in die Rechte befriedigten Gläubigers und kann von diesem Cession oder Quittung verlangen (A. L. R. Thl. I. Tit. 16 §§ 46, 50, 86). Die Quittung, Löschungsbewilligung oder Cession bewirkt nicht den Uebergang der Post auf den Grundeigenthümer, diese Akte dienen nur zur Legitimation des letzteren, falls die materielle Voraussetzung bei ihm zutrifft, daß er den Gläubiger befriedigt hat. (Vergl. die Citate in Turnau's Grdb. O., 3. Aufl. Bd. 1 S. 507 ff., sowie die Urtheile des R. G., Entscheidungen Bd. 3 S. 269, Bd. 5 S. 312.) V. C. S. i. S. Scheel c. Zantz vom 21. Dezember 1887 Nr. 246/87 V.

45. An die Richtigkeit des Grundbuchs kann nur bezüglich desjenigen geglaubt werden, was aus dem Grundbuche ersichtlich ist; folglich ist das Verfügungsrecht des Rechtsurhebers des Erwerbers einer Hypothek nur dann unantastbar, wenn der Rechtsurheber im Grundbuche als Inhaber der Hypothek eingetragen ist (vergl. Urtheil des R. G. in Gruchot's Beiträgen Bd. 28 S. 959). Die Uebergänge des Eigenthums an einer Hypothek unterliegen, soweit sie sich vollzogen haben, ohne im Grundbuche kundgemacht zu sein, der Anfechtung nach den Regeln des außerhalb der Grundbuchgesetze geltenden bürgerlichen Rechts, also auch dem im § 101 der Einleitung zum A. L. R. ausgesprochenen allgemeinen Satze, daß Niemand dem Anderen mehrere Rechte übertragen kann, als er selbst besitzt. V. C. S. i. S. Scheel c. Zantz vom 27. Dezember 1887 Nr. 246/87 V.

46. § 70 des E. E. G. bestimmt, daß der Prozeßrichter auf den Antrag einer Partei die Eintragung einer Vormerkung bei dem Grundbuchamt nachzusuchen hat, wenn ihm der Anspruch oder das Widerspruchsrecht, welche durch die Vormerkung gesichert werden sollen, glaubhaft gemacht sind. Nach diesem Gesetze bedarf es zur Eintragung der Vormerkung nicht der weiteren Erfordernisse, welche die C. P. O. (§§ 796 814 ff.) für den Erlaß eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung aufstellt. Das R. G. hat bereits früher ausgesprochen, daß der § 70 cit. als materielle Rechtsvorschrift von den Bestimmungen der C. P. O. nicht berührt wird, und daß mithin dem Antrage auf Eintragung einer Vormerkung statt zu geben ist, sobald der Antragsteller seinen Anspruch glaubhaft macht (vergl. Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. XI S. 279). In Betreff der Person des Verpflichteten enthält das Gesetz keine ausdrückliche Bestimmung. Erwägt man jedoch, daß das Gesetz beabsichtigt, denjenigen, welcher dem Prozeßrichter seinen obligatorischen Anspruch auf Eintragung oder Löschung eines dinglichen Rechts glaubhaft macht, gegen ihm nachtheilige Verfügungen des formell zur Disposition Berechtigten zu schützen, so kann kein Zweifel darüber obwalten, daß der Verpflichtete nur der buchmäßig eingetragene Eigenthümer oder Gläubiger sein kann. Nur für diesen Fall enthält der § 70 cit. ein Sonderrecht. Die Ausdehnung desselben auf den weiteren Fall, daß ein Dritter verpflichtet ist, dem Antragsteller das dingliche Recht zu verschaffen, und daß der eingetragene Eigenthümer oder Gläubiger versprochen hat, diesem Dritten das beanspruchte Recht einzuräumen, erscheint nicht zulässig. Für einen solchen Thatbestand können vielmehr nur die allgemeinen Vorschriften über Verkümmerung von Rechten zur Anwendung gebracht werden. V. C. S. i. S. Pfennig c. Müncheberg vom 10. Dezember 1887 Nr. 229/87 V.

VII. Das Französische Recht (Badische Landrecht).

47. Das R. G. hat bereits in einem Urtheile vom 24. Juni 1887 (Zeitschrift für französisches Civilrecht Bd. XVIII. S. 266 ff.) ausgeführt, daß für den Vater, welcher während bestehender Ehe das Vermögen seiner minderjährigen Kinder verwaltet, die gesetzlichen Vorschriften nicht gelten, nach welchen der Vormund bezüglich gewisser Rechtsgeschäfte an die Beobachtung besonderer Förmlichkeiten gebunden ist. Einen Grund zum Abgehen von dieser Gesetzesauslegung hat die Verhandlung das B. G. ausgesprochen, daß ein Vergleich wegen Verletzung nicht umgestoßen werden könne und daß die Voraussetzungen der Anfechtung desselben wegen Irrthums (Art. 2053 B. G. B.) des vorliegenden Falles nicht ergeben. II. C. S. i. S. Daum c. Hanau vom 3. Januar 1888 Nr. 254/87 II.

48. Die Revision geht davon aus, daß nach denselben Grundsätzen, aus welchen bezüglich der Aussichtsfenster, welche den Vorschriften der Art. 678, 679 B. G. B. nicht entsprechen welche aber durch Ersitzung erworben worden sind, hergeleitet wird, daß der Nachbar nur innerhalb der für solche Fenster im Gesetze bestimmten Entfernung höher bauen dürfe, auch das Verbot des Verbauens von Lichtöffnungen anzuerkennen sei, welche in einem den Art. 676, 677 B. G. B. nicht entsprechenden Zustande während 30 Jahren bestanden haben. Es ist auch anzuerkennen, daß Lichtöffnungen, welche gemäß der Art. 676, 677 eingerichtet sind, nicht auf Grund einer Legalservitut des Nachbargutes, sondern auf Grund des gesetzlich beschränkten Eigenthumes besessen werden, daß daher der Besitz solcher Oeffnungen, welche nicht den erwähnten Gesetzesvorschriften gemäß angebracht und eingerichtet sind, sich als Besitz einer Dienstbarkeit darstellen kann, und daß, wenn das Recht auf solche Lichtfenster in gesetzmäßiger Weise erworben worden ist, aus Art. 701 B. G. B. folgt, daß der Eigenthümer des belasteten Grundstücks die Dienstbarkeit nicht beeinträchtigen darf. Was nur die Erwerbung der Dienstbarkeit des Lichtrechts betrifft, so unterliegt es keinem Zweifel, daß dieselbe durch einen konstituirenden Akt (Vertrag, Schenkung u. s. w.) oder, wenn es sich um eine verborgene beziehungsweise unständige Servitut handelt, durch Anerkenntniß (Art. 695 B. G. B. bewirkt werden kann. Der Erwerbung durch Ersitzung steht aber im gegebenen Falle entgegen, daß es an einem zur Ersitzung geeigneten Besitze fehlte. Es ist nämlich an der thatsächlichen Feststellung des B. G. festzuhalten, daß die in Frage stehenden Fenster nur Lichtfenster seien, welche das Eigenthum der Bekl. nicht in anderer Weise belasten, als dieß bei gesetzmäßig hergerichteten Oeffnungen, welche dieselbe zu dulden hätte, der Fall wäre, und daß durch die angebrachten Gitter der Nachbar geradezu zu der Annahme verleitet worden sei, daß die Oeffnungen sich in der gesetzlichen Entfernung vom Fußboden befunden hätten. Hiernach beruhte das Bestehen der Fenster nicht auf Ausübung einer Dienstbarkeit auf das Nachbareigenthum, sondern auf der Duldung (Art. 2232 B. G. B.) von Seiten des Nachbars, auf dessen Eigenthum eine Belastung nicht ausgeübt worden ist und welcher deshalb der Meinung war, daß ihm ein Verbietungs- oder Einspruchsrecht überhaupt nicht zustehe und fehlt es deshalb an einem Rechtsbesitze (quasi possessio juris) und somit an einem wesentlichen Erfordernisse für die Ersitzung Art. 2229 B. G. B. Ueber-

dies — und das ist die rechtliche Bedeutung der erwähnten Feststellung, daß wegen der Gitter der Nachbar habe unterstellen müssen, die Fenster seien in gesetzmäßiger Höhe angebracht — war der Zustand, aus welchem eine Servitut hätte gefolgert werden sollen, ein verborgener und daher die Ersitzung gemäß Art. 691, 692 B. G. B. aus den gleichen Gründen ausgeschlossen wie bei jeder anderen verborgenen oder unterirdischen Anlage. Entscheidungen II. Nr. 94 S. 360. Ein Anerkenntniß als Erwerbungsart des Rechtes auf Aussichtsfenster kann überhaupt nicht in Frage kommen, weil dieses Recht eine offene und ständige Dienstbarkeit darstellt, welche durch bloßes Anerkenntniß nicht erworben werden kann. Dagegen kann das Anerkenntniß einen Erwerbungsgrund für die Dienstbarkeit des Lichtrechts bilden, wenn dieses als verborgene Dienstbarkeit ausgeübt wird, d. h. wenn die den Art. 676, 677 B. G. B. nicht entsprechenden Anlagen äußerlich nicht wahrnehmbar sind. Ein solches Anerkenntniß (titre récognitif) braucht keineswegs schriftlich zu geschehen, es genügt vielmehr auch das mündliche Zugeständniß, wie auch durch mündliche Uebereinkunft eine Servitut begründet werden kann. Zachariä § 250, Anm.: 8a cum cit. Ist aber eine Dienstbarkeit des Lichtrechts durch Anerkenntniß begründet, so findet der Art. 701 B. G. B. Anwendung. II. C. S. i. S. Schottler c. Baum & Hirsch vom 28. Dezember 1887 Nr. 264/87 II.

49. Das R. G. hat bereits in dem Urtheile vom 21. Oktober 1884 in Sachen Oberheim und Genossen wider Strauß und Genossen Rep. II Nr. 235/84 (abgedruckt im Rheinischen Archiv Bd. 75 III 114) unter eingehender Begründung ausgesprochen, daß einzelne Miterben beziehungsweise Miteigenthümer einer Gemeinschaft vor vollzogener Theilung zu einer Vindikation von zur Gemeinschaft gehörenden Gegenständen nicht befugt sind. Die Richtigkeit dieses Satzes folgt aus dem Prinzipe des Art. 883 des B. G. B., wonach die Theilung deklaratorisch wirkt und vor vollzogener Theilung kein einzelner Miteigenthümer an einem bestimmten Gegenstande der Gemeinschaft ein ausschließliches Recht, wie es zur Vindikation dem Dritten gegenüber erforderlich wäre, in Anspruch nehmen kann, und die Anwendung desselben auf den in Rede stehenden Fall hat die Abweisung der Klage zur Folge. II. C. S. i. S. Düring u. Gen. c. Hammermann vom 16. Dezember 1887, Nr. 230/87 II.

50. Art. 1384 B. G. B. setzt, abgesehen von hier nicht vorliegenden böslichen Rechtsverletzungen auf Seiten der Bediensteten eine Verschuldung im Sinne des Art. 1383 B. G. B. voraus, für welche diese selbst verantwortlich gemacht werden konnten. Eine solche Verschuldung ist nicht jede Handlung, welche einen nicht gewollten schädlichen Erfolg hervorgerufen hat, sondern es ist weiter erforderlich, daß die Handlung den Charakter einer Nachlässigkeit oder Unvorsichtigkeit an sich trage, also einen Mangel an der gehörigen Anspannung der Geisteskraft oder an der pflichtmäßigen Ueberlegung eines sorgfältigen Mannes. Vergl. Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. X. S. 288. II. C. S. i. S. Fiscus c. Bexten vom 7. Januar 1888 Nr. 284/88 II.

51. Der Berufungsrichter stellt den Satz auf, daß der Art. 1384 B. G. B. nur auf außervertragliche Verhältnisse Anwendung finde, und folgert dann weiter, daß er im vorliegenden Falle nicht angewendet werden könne, weil unter den Parteien ein Vertragsverhältniß bestehe. Richtig ist zwar, daß die Vorschriften der Art. 1382—1384 für außervertragliche Verhältnisse gegeben sind, wie dies schon die Ueberschrift des betreffenden Tit. im Gesetzbuche besagt. Aber unrichtig ist die Annahme, daß da, wo ein Vertragsverhältniß unter Parteien besteht, ein Anspruch aus einem Delikte, welches auf den Vertragsgegenstand Bezug hat, unter denselben Parteien grundsätzlich ausgeschlossen sei. Es kommt lediglich darauf an, ob die in Rede stehende Handlung, worauf der Anspruch gestützt wird, sich auf dem Boden des Vertrages, d. h. im Rahmen der durch den Vertrag erzeugten Rechte und Pflichten bewegt, oder ob sie außerhalb dieser Grenzen liegt. Eine unrechte That, welche dem Abschlusse eines Vertrages vorausgegangen ist, schließt nicht aus, daß aus ihr Ansprüche auf Grund der Art. 1382—1384 erwachsen können neben denjenigen Ansprüchen, die unter den betreffenden Personen der demnächst abgeschlossene Vertrag erzeugt. Die Kl. machen gerade mit ihrem zweiten Klagegrunde einen solchen Anspruch aus einem vor Abschluß des Vertrages angeblich begangenen Betruge geltend. Es durfte dieser Anspruch nicht von vornherein unter Hinweis auf das bestehende Vertragsverhältniß für grundlos erklärt werden. II. C. S. i. S. Metz c. Jansen vom 7. Januar 1888 Nr. 271/87 II.

52. Nach Art. 2151 c. c. hat der Hypothekargläubiger, dessen Kapital Zinsen trägt, das Recht, auf Grund der von ihm genommenen Inscription in gleichem Range mit jenem die Anweisung von Zinsen für zwei Jahre und das laufende zu fordern. Diese Zinsen bilden ein Accessorium des Kapitals, welches rechtlich mit demselben auf gleicher Linie steht. Hat nun das Gesetz, wie angeführt, die zur Vertheilung unter die Gläubiger kommende Summe — das Aktivum — nach Maßgabe des genannten Zeitpunktes fixirt, so ist zugleich Mangels einer bestimmten anderweiten Vorschrift — anzunehmen, daß jener Zeitpunkt auch für die Bestimmung der gesammten darauf anzuweisenden Schuldsumme — das Passivum — Maaß und Ziel geben muß. Ein Zweifel in dieser Beziehung würde kaum entstehen, wenn hieran das Purgations-Verfahren in regelmäßigem Verlaufe die Durchführung des Kollokations-Verfahrens sich angeschlossen hätte. Daß dies aber nicht geschehen, daß letzteres vielmehr längere Zeit liegen geblieben, und eine Weiterveräußerung respektive Subhastation des Kaufobjekts eingetreten ist, alles das sind zufällige Umstände, welche auf die rechtliche Beurtheilung der vorliegenden Frage ohne Einfluß bleiben müssen. II. C. S. i. S. Pothmann c. Conrad u. Gen. vom 20. December 1887, Nr. 221/87 II.*)

53. Zufolge des Art. 2180 Nr. 3 des c. c. erlöschen Privilegien und Hypotheken durch die Erfüllung der Förmlichkeiten und Bedingungen, welche dritten Besitzern für die Befreiung der von ihnen erworbenen Immobilien vorgeschrieben sind. Das erste Stadium des zu diesem Zwecke im Tit. 18 Kap. 8 des c. c. geordneten Verfahrens hat die Feststellung des maßgebenden Immobiliarwerths zum Gegenstande — Notifikation des Erwerbes, Uebergebot — und dieser Werth bildet dann die Grundlage für das weitere, die

*) Bereits S. 71 als Nr. 18 an unrichtiger Stelle mitgetheilt.

Befreiung herbeiführende Verfahren — Kollokation und Zahlung. Was nun jenes erste Stadium angeht, so bestimmt der Art. 2186 im Abs. 1, daß der Werth des bezüglichen Grundstücks, wenn nicht auf die zugestellte Erklärung des Erwerbers — Art. 2183 and 2184 — van den Gläubigern in der vorgeschriebenen Form und Feist die öffentliche Versteigerung beantragt worden, auf den in dem Vertrage des ersteren stipulirten oder von demselben angegebenen Preis definitiv festgestellt bleibt. Im Abs. 2 wird sodann als eine Folge dieses Rechtssatzes — en consequnnce — ausgesprochen, daß der Erwerber durch Zahlung resp. Hinterlegung des genannten Preises von allen auf dem Grundstück lastenden Privilegien und Hypotheken — auch den durch letzteren nicht gedeckten — befreit wird. Hiernach enthält, wie vom O. L. G. zutreffend ausgeführt worden, der Art. 2186 cit. in seinem Abs. 1 eine selbständige Bestimmung, welche auf der Annahme eines zwischen dem Erwerber und den Hypothekargläubigern eintretenden stillschweigenden Vertragsverhältnisses beruht, und bezüglich ihrer Rechtswirksamkeit lediglich an die erwähnte Voraussetzung geknüpft ist. II. C. S. i. S. Pothmann c. Oster vom 28. Dezember 1887 Nr. 271/87 II. M.

Personal-Veränderungen.

Zulassungen.

Alb. Nathan beim Landgericht Görlitz; — Siegfried Schück beim Landgericht Breslau; — Eugen Hähne beim Amtsgericht Dirschau; — Rechtsanwalt Graf aus Corbach beim Landgericht Kassel; — Sebastian Balee beim Amtsgericht Rosenheim.

Für die Redaktion verantw.: E. Haenle. Verlag: W. Moeser Hofbuchhandlung. Druck: W. Moeser Hofbuchdruckerei in Berlin.

№ 10 und 11. Berlin, 23. Februar. 1888.

Juristische Wochenschrift.

Herausgegeben von

S. Haenle, Justizrath, Rechtsanwalt in Ansbach. und M. Kempner, Rechtsanwalt beim Landgericht I. in Berlin.

Organ des deutschen Anwalt-Vereins.

Preis für den Jahrgang 20 Mark. — Inserate die Zeile 40 Pfg. — Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt.

Inhalt.

Aufsätze für die Juristische Wochenschrift, welche acht Spalten überschreiten, können nur ausnahmsweise angenommen werden. Aufsätze, welche sich auf Angelegenheiten des Anwaltstandes und die Reichsjustizgesetze beziehen, erhalten den Vorzug.

Die Redaktion.

Vereinsnachrichten.

Das wegen Ankaufs einer Anzahl Exemplare der Begründung zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs in Aussicht genommene Abkommen ist nicht zu Stande gekommen.

Der Text des Entwurfs soll am 27. Februar 1888 an die Vereinsmitglieder versandt werden. Gleichzeitig wird der dritte Band der Entscheidungen des Ehrengerichtshofs zur Versendung gelangen.

Hülfskasse für deutsche Rechtsanwälte.

Die Anwaltskammer im Bezirke des Oberlandesgerichts zu Hamm hat der Kasse wiederum eine Beihülfe von 1000 Mark, die Anwaltskammer im Bezirke des Oberlandesgerichts zu Rostock eine solche von 300 Mark gewährt. Den Kammern und ihren Vorständen ist für die erfreulichen Zuwendungen herzlichst gedankt.

Der Entwurf eines Deutschen bürgerlichen Gesetzbuches.

Eintheilung und Hauptgrundsätze.

Bericht, erstattet im Auftrage des Vorstandes des Deutschen Anwaltvereins von Max Guttmann, Rechtsanwalt in Wiesbaden.*)

I.

Der „Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, ausgearbeitet von der in Folge des Beschlusses des Bundesrathes vom 22. Juni 1874 eingesetzten Kommission Erste Lesung", liegt nunmehr vor.

Der Entwurf zählt 2164 Paragraphen (code civil 2281 Artikel, Sächs. B. G. B. 2620 Paragraphen). Buch I. (bis § 205 einschließlich) behandelt den Allgemeinen Theil, II. (bis § 777) das Recht der Schuldverhältnisse, III. (bis § 1226) das Sachenrecht, IV. (bis § 1632) das Familienrecht, V. das Erbrecht. Die Bücher zerfallen in Abschnitte, diese in Titel.

Der Entwurf hat nicht den gesammten Stoff des Privatrechts aufgenommen. 3 Rechtsmassen sollen neben dem D. B. G. B. fortbestehen:

1. H. G. B. und W. O. Dazu wird nach den Mittheilungen der öffentlichen Blätter ein umfassendes Versicherungsgesetz treten. Auch das Verlagsrecht ist im Entwurf nicht geordnet; ebensowenig das Recht der Binnenschifffahrt (vgl. jedoch §§ 1196—1205).

Der Gegensatz von bürgerlichem und Handelsrecht verliert jedoch, wenn der Entwurf Gesetz wird, bedeutend an Schärfe. Von einem Gegensatz konnte man überhaupt nicht sprechen, insoweit das H. G. B. besondere Verhältnisse des Handelsstandes (das eigentliche Kaufmannsrecht) regelt: das Firmenwesen, die Stellung der Handlungsgehilfen, die Beziehungen der eigenartigen kaufmännischen Gesellschaften und Gewerbe, sowie den Seeverkehr. Die Aufnahme dieser Vorschriften in das allgemeine Gesetz ist freilich möglich, wie das neue eidgenössische Obligationenrecht beweist. Indeß handelt es sich dabei, sofern nur Gleichheit der allgemeinen Rechtsgrundsätze herrscht, praktisch nicht um viel mehr als um eine Platzfrage. Groß ist aber die

*) Nachdruck verboten.

Kluft, die hauptsächlich durch die Art. 306 f. und 317 H. G. B. zwischen dem Handels- und dem übrigen Recht entstanden ist. Das gemeine Recht hat zwar auch die Formfreiheit der Rechtsgeschäfte, aber den starken römischen Eigenthumsschutz. Der Code civil hat umgekehrt die Regel: „Hand wahre Hand"; aber seine Bestimmungen über den Ausschluß des Zeugenbeweises wirkten — wenigstens bis zur Einführung der C. P. O. — für Willenserklärungen über Werthe von mehr als 150 Frcs. wie ein Gebot der Schriftlichkeit. Endlich giebt das Preußische A. L. R. zahlreiche und verwickelte Vorschriften über die Form der Rechtsgeschäfte — und dem Eigenthümer allerdings nicht die unbedingte Klage gegen den gutgläubigen Erwerber, aber das Recht, von ihm die Sache gegen Erstattung seiner Kosten auszulösen. Der Entwurf befreit dagegen die Rechtsgeschäfte, wenige Ausnahmen abgerechnet, vom Formenzwang und läßt den Grundsatz „Hand wahre Hand" genau in dem Umfang, wie das Deutsche Privatrecht, gelten. So bequemt sich wieder einmal das jus civile dem jus gentium, dem Handelsrecht, an.

Zahlreiche Vorschriften in Buch 4, Titel 1, Abschnitt 2—4 des H. G. B. werden bei dessen angekündigter Ueberarbeitung gänzlich fortfallen können, weil sie sich jetzt übereinstimmend im Entwurf finden. In Bezug auf andere hierher gehörige Gegenstände weicht der Entwurf vom H. G. B. ab, ohne daß sachliche Gründe die Verschiedenheit rechtfertigen; z. B. fehlt eine dem Art. 329 H. G. B. entsprechende Bestimmung. Offenbar wird in solchen Punkten die Uebereinstimmung durch Veränderung des H. G. B. herbeigeführt werden. Wirthschaftlich begründete Besonderheiten des Handelsrechts, wie z. B. im gesetzlichen Zinsensatz, — den der Entwurf auf 5 Prozent feststellt, — werden unzweifelhaft bleiben.

Eine weitere Ausgleichung, die für den Verkehr von hoher Bedeutung sein wird, muß § 659 des Entwurfs zur Folge haben. Danach kann für jede an sich nicht handelsrechtliche Gesellschaft, die den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts zum Zwecke hat, die Anwendbarkeit des Rechtes der offenen Handelsgesellschaft vereinbart werden. Damit werden alle für diese, überhaupt alle in Ansehung der Kaufleute gegebenen Vorschriften, also auch die über Firmen- und Registerwesen, anwendbar. Bauunternehmer, landwirthschaftliche Gewerbetreibende, die mit selbsterzeugtem Material arbeiten (Spiritusbrenner u. s. w.), werden vorzüglich von dieser Freiheit Gebrauch machen.

2. die besonderen Reichsgesetze, — soweit dieselben nicht Gegenstände betreffen, die der Entwurf aufgenommen hat, wie z. B. das Gesetz vom 17. Februar 1875, betr. das Alter der Großjährigkeit, oder wie das Personenstandsgesetz in seinen nicht auf das Verfahren bezüglichen Theilen. Insbesondere behalten also die Gesetze über das Immaterialgüterrecht ihre Kraft,

3. das Landesrecht in den Grenzen, die der Entwurf — bezw. die sonstige Reichsgesetzgebung — ihm anweist.

a) Gewisse Stoffe berührt der Entwurf gar nicht.

Im Sachenrecht:

das Wasserrecht mit Einschluß des Mühlen-, Flöß- und Flößereirechtes;

das Recht an öffentlichen Wegen;

das Forst-, Jagd-, Fischerei-, Deich- und Sielrecht;

das Bergrecht mit Einschluß der selbstständigen Berechtigung zum Abbau gewisser Bodenbestandtheile, welche von der Verfügung des Grundeigenthümers nicht ausgeschlossen sind;

das Recht der Gemeinheitstheilung, der Zusammenlegung der Grundstücke, der Regulirung gutsherrlicher und bäuerlicher Verhältnisse, der Ablösung von Dienstbarkeiten, Reallasten, Zwangs- und Bannrechten;

das Recht der Stammgüter und der Familienfideikommisse, das Lehnrecht, die Emphyteuse, das Erbzins- und Erbpachtrecht, das Enteignungsrecht.

Im Forderungsrecht:

den mit der Ueberlassung eines Gutes in Verbindung stehenden Leibgedings-, Leibzuchts-, Altentheils- oder Auszugsvertrag;

den Ersatz des Wildschadens;

die Gesindeverhältnisse.

b) Das Recht der Personenvereine und Stiftungen wird nicht erschöpfend geregelt. Der Entwurf beschränkt sich vielmehr darauf, einige Grundsätze über die Verfassung der juristischen Personen aufzustellen und das Uebrige dem Landesgesetz zu überlassen.

Die landesgesetzlichen Vorschriften über die Verwaltung und Beaufsichtigung der juristischen Personen wird das Einführungsgesetz ausdrücklich aufrecht erhalten.

Ueber die Rechtsstellung des Fiskus wird nur bestimmt, daß die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen dem Fiskus juristische Persönlichkeit zusteht, unberührt bleiben.

c) Auch in den Materien, die der Entwurf vollständig regelt, sind einzelne Fragen der Autonomie den Bundesstaaten überlassen; vor allem die Bestimmung

des religiösen Bekenntnisses, in welchem ein Kind zu erziehen ist (§ 1508) und

der ordentlichen Testamentsform (§ 1914). Nach dem Entwurf können letztwillige Verfügungen in gerichtlicher oder notarieller Form errichtet werden. Das Einführungsgesetz wird jedoch vorsehen, daß die Landesgesetze die Richter oder die Notare (nicht beide zugleich) von der Testamentserrichtung ausschließen dürfen. Danach wird in Preußen vermuthlich die notarielle, in Hamburg vielleicht die gerichtliche Testamentsform beseitigt werden.

Weitere Vorbehalte für das Landesrecht:

im Forderungsrecht:

§ 697 giebt dem Inhaber von Zinsscheinen, Rentenkupons und Gewinnantheilscheinen, die verloren oder vernichtet sind, unter gewissen Voraussetzungen gegen den Aussteller den Anspruch auf die Leistung. Für die Zinsscheine, die von einem Bundesstaat zu Schuldverschreibungen auf den Inhaber ausgestellt sind, kann dieser Anspruch ausgeschlossen werden.

§ 736: Das Einführungsgesetz wird bestimmen, inwiefern die Landesgesetze in Kraft bleiben, nach welchen ein Beamter wegen des aus einer Pflichtverletzung entstandenen Schadens erst dann in Anspruch genommen werden kann, wenn der Beschädigte auf andere Weise Ersatz des Schadens nicht zu erlangen vermag.

Im Sachenrecht:

Zu § 787. Das Landesrecht entscheidet über lastenfreie Abschreibung von abveräußerten Theilen eines Grundstücks nach behördlicher Ausstellung von Unschädlichkeitszeugnissen, ferner

über Untersagung oder Beschränkung der Zertheilung gewisser Grundstücke im öffentlichen Interesse.

§ 866. Soweit das landesgesetzliche Nachbarrecht in seinen Beschränkungen über das des Entwurfs hinausgeht, bleibt es bestehen.

§ 903. Das Einführungsgesetz wird bestimmen, daß diejenigen Landesgesetze unberührt bleiben, welche das Recht, Tauben zu halten, beschränken, und nach welchen Tauben, welche diesen Beschränkungen zuwider gehalten und im Freien betroffen werden, dem freien Zueignungsrecht unterliegen.

§ 949. Das Landesrecht kann bei einem gemeinschaftlichen, mit einem Gebäude versehenen Grundstück eine derartige gegenseitige Belastung der Antheile der Miteigenthümer zulassen, daß den einzelnen das Recht zusteht, bestimmte Theile des Gebäudes ausschließlich zu benutzen, — und in diesem Fall das Gemeinschaftsverhältniß näher regeln.

§§ 966, 1044, 1051. Das Landesrecht bleibt unberührt, insofern es gewisse Grunddienstbarkeiten für unzulässig erklärt oder beschränkt. Ueber einen gleichen Vorbehalt für Vorschriften, wonach für Grunddienstbarkeiten eines gewissen Inhalts das Maß der darin begriffenen Befugnisse und Verpflichtungen geregelt wird, sowie für Beschränkung oder Ausschließung gewisser persönlicher Dienstbarkeiten und von Reallasten wird erst beschlossen werden.

Zu §§ 1062, 1069. Das Landesgesetz soll bestimmen: die gesetzlichen Hypothekentitel des Fiskus u. s. w., die ausnahmsweise Zulässigkeit von Revenüenhypotheken. Auch die Retablissementsgesetze der Bundesstaaten werden aufrecht erhalten.

Zu § 1634. Landesgesetzliche Vormundschaftsrechte des Vorstandes einer von Staat oder Gemeinde verwalteten Verpflegungsanstalt, in welche ein Minderjähriger aufgenommen ist, werden nicht aufgehoben.

§ 1642. Ebensowenig die landesgesetzliche Bestimmung, daß Beamte oder Religionsdiener zur Uebernahme einer Vormundschaft einer besonderen Erlaubniß bedürfen.

Zu § 1692. Die Landesgesetze können bestimmen, daß die Notare zur Annahme des Amtes eines Testamentsvollstreckers verpflichtet sind.

§ 1924. Durch die Vorschriften des Entwurfs über letztwillige Verfügungen werden die allgemeinen Bestimmungen der Landesgesetze über Errichtung gerichtlicher oder notarieller Urkunden nicht berührt. Das Landesrecht wird auch die Zuständigkeit der zur Testamentsaufnahme berufenen Personen ordnen.

Zu § 1974. Das Landesrecht, wonach andere Personen als der Fiskus das Recht auf herrenlose Erbschaften haben, bleibt unberührt.

Zu § 2121. Die Verrichtungen des Nachlaßgerichts können landesgesetzlich einer anderen Behörde als dem Amtsgericht beigelegt werden.

d. Endlich sind eine Reihe von Ausführungsvorschriften dem Landesrecht überlassen; nach

§ 280 Vorschriften über das Hinterlegungswesen,

§ 851 das Verfahren bei der Abmarkung der Grenzen von Nachbargrundstücken,

§§ 1105, 1123 Vorschriften über Aufgebot von Hypotheken-Gläubigern und -Urkunden.

Zugleich mit dem Privatrecht regelt der Entwurf auch das materielle Aktienrecht, hauptsächlich viele Fragen der Beweislast. Zahlreiche Streitfragen sind dabei entschieden, meist im Sinne der Rechtsprechung des R. O. H. G. und des R. G.

Der Entwurf giebt endlich viele Bestimmungen über das Verfahren, namentlich der freiwilligen, aber auch der streitigen Gerichtsbarkeit. Dahin gehören die mannigfachen Vorschriften über Aufgebote, z. B. bei Todeserklärungen §§ 5 ff., über Selbsthülfe (§ 189), Beweissicherung (§ 402), Volljährigkeitserklärung (§ 27), Eintrag von Vormerkungen (§§ 845 f.), Eherechtliches Register (§§ 1435 ff.), Fürsorge des Nachlaßgerichts (§§ 2058 ff.), Ertheilung des Erbscheins (§§ 2068 ff.) 2c.

Daneben werden große Reichsausführungsgesetze, die hinwiederum auch noch privatrechtliche Vorschriften enthalten werden, vorbereitet; insbesondere eine Grundbuchordnung, ein Gesetz über die Zwangsvollstreckung in Liegenschaften, ein Gesetz über das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit u. s. w.

Eine Reichsnotariatsordnung wird nicht angekündigt, und nach dem erwähnten Vorbehalt zu § 1924 muß man annehmen, daß sie nicht geplant ist.

Die Lebensbedingungen des Notariats sind durch den Entwurf, trotzdem er für Verträge den Grundsatz der Formfreiheit ausspricht, gesichert. Für manche Theile Deutschlands, wie z. B. Nassau, werden sie erst geschaffen. Zum wenigsten wird das Notariat den Raum behalten oder erringen, den es jetzt im Gebiet der Preußischen Grundbuchgesetze vom 5. Mai 1872 einnimmt. Soweit es in Süd- und Westdeutschland noch einflußreicher ist, wird es in seinem Besitzstand durch den Vorbehalt zu § 2121 geschützt, wonach landesgesetzlich die Verrichtungen des Nachlaßgerichts einer anderen Behörde als dem Amtsgericht beigelegt werden können. Denn unter Behörde ist hier wohl auch der Notar zu verstehen. Dazu kommen die Bestimmungen über die Zulässigkeit der notariellen Testamentsform.

Der Reichsgesetzentwurf, das bürgerliche Recht betreffend, und das bestehende materielle Recht in Bayern.

Wenn diese Uebersicht auch zuvörderst und in hervorragendem Maße für Bayern Interesse hat, so ist es doch auch für die übrigen Theile zweifellos von hohem Werthe, daraus Charakterzüge des neuen Rechtes zu entnehmen.

1. Die alle Theile des Entwurfs beherrschende Idee ist die des Schutzes des gutgläubigen Erwerbers, welchem gegenüber natürlich die Lage des bisher Berechtigten in eben dem Maße ungünstiger sich gestaltet. Der Gedanke ist ausgeprägt in den Instituten der Vollmacht, des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs, der Parömie „Hand muß Hand wahren" für den Mobiliarverkehr, den Erbschein (Erbschaftszeugniß).

Einen gewissen Gegensatz hierzu bildet die strengere Behandlung des bösen Glaubens in der vielfachen Durchbrechung des sogenannten Willensdogmas, das rein eigentlich nur für letztwillige (einseitige) Verfügung anerkannt wird, aber nicht auch für Erbverträge.

2. Auffallen kann gleich § 2 des Entwurfs, welcher die Rechtsquelle des Gewohnheitsrechts, preußischem Muster folgend, ausschließt. Scheint die Vorschrift nicht von großer praktischer Bedeutung, so drängt sich um so mehr die Frage auf, ob dieselbe überhaupt eine mögliche. Sollte in der That künftig ein Gewohnheitsrecht sich bilden, würde das nicht gerade zunächst den § 2 selbst aufheben? Der Satz hat übrigens einen gewissen politischen Werth, Verhütung einer Durchbrechung der Rechtseinheit.

3. Von der schwerwiegendsten Bedeutung ist das Grundbuchsystem des Entwurfs überhaupt und nach der Art seiner Durchführung (Konsensprinzip im Gegensatz zum bayerischen Legalitätsprinzip). Der (Fort-) Bestand des bayerischen Notariats kommt dabei in Frage.

Das neben der bisherigen Hypothek (Accessorium der Forderung) neue Institut der Grundschuld (Pfandrecht Prinzipale, Forderung nur Betragsmesser für den Umfang, Werth des Pfandrechts) kann wenigstens den Hypothekenverkehr wesentlich umgestalten.

4. Von mindestens gleich großer praktischer Bedeutung ist das System des ehelichen Güterstandes, insbesondere der sogenannten Verwaltungsgemeinschaft als dem herrschenden Güterstande, vorbehaltlich natürlich seiner Ausschließung durch, übrigens an die öffentliche Form gebundenen, Ehevertrag. Verwaltungsgemeinschaft ist in Bayern ohne Vorgang. Die des Entwurfs ist fast zu fein ausgebildet für die praktische Handhabung; sie benachtheiligt in eben dem Maße die Frau, als sie den Mann günstig stellt (der Mann erhält allein die Errungenschaft aus dem beiderseitigen Vermögen; die Frau oder deren Erben erhalten nur das s. Zt. Eingebrachte derselben). In der Gestaltung der Gütergemeinschaft wird man manches aus dem fränkischen Rechte wiederfinden, insbesondere Fortsetzung der allgemeinen Gütergemeinschaft zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Kindern, — doch nicht Einkindschaft.

5. Parentelsystem als Grundlage der gesetzlichen Erbfolge (österreichischer Vorgang). Es hat nur Bedeutung für den Fall, daß der Erblasser keine Kinder, aber Ascendenten und Seitenverwandte hinterläßt; beide Eltern schließen wie nach der fränkischen L.-G. O. die Geschwister des Erblassers aus; ist Eines der Eltern todt, so erben der andere Elterntheil ½ und an Stelle des Vorverstorbenen dessen Abkömmlinge das zweite ½ (Geschwister des Erblassers). Das System ist den bayerischen Entwürfen entnommen, deren seit 1808 wohl ein halb Dutzend gemacht sind, welche alle das Parentelsystem haben.

6. Benefizialerbschaft; im Wesentlichen preußisches Muster.

7. Ipsojure-Erwerb der Erbschaft durchweg mit Ausschlagungsbefugniß, aber kein Antretungserwerb.

8. Pflichttheil ist kein Erbtheil, sondern ein Geldanspruch auf die Hälfte des Werthes der gesetzlichen Erbportion von Abkömmlingen oder Eltern des Erblassers; andere Personen haben kein Pflichttheilsrecht.

9. Privattestament (Nothfälle ausgenommen) ist aufgehoben; auch Erbverträge sind an die öffentliche Form gebunden.

Ehrengerichtliche Bestrafung zweier Rechtsanwälte wegen Gebührentheilung. Rechtsirrthum des Handelnden hinsichtlich der Zulässigkeit der strafbaren Handlung schließt die ehrengerichtliche Ahndung nicht aus.

Erkenntniß des Ehrengerichtshofs vom 17. Januar 1887. E. 20/87.

Die Angeschuldigten sind vom Ersten Richter mit einer Warnung bestraft. Ihre Berufung ist zurückgewiesen.

Gründe:

Das vom Ehrengerichte beanstandete Uebereinkommen der beiden Angeschuldigten ging nach deren eigenen Erklärungen und dem Inhalte der als Beweismittel benützten Handakten dahin, daß der beim Amtsgerichte A. zugelassene Rechtsanwalt M. die ihm von Parteien übertragenen, zur Zuständigkeit des Landgerichts X. gehörigen Sachen dem an letzterem Gerichte zugelassenen Rechtsanwalt S. zuschicken und beide die Gebühren theilen sollten. — Rechtsanwalt M. fertigte die Schriftsätze, speziell die Klagen, ließ die nöthige Anzahl Abschriften in seiner Kanzlei fertigen und sandte sie an S., der die Schriftsätze unterzeichnete, beim Landgerichte X. einreichte und in der mündlichen Hauptverhandlung auftrat, auch mit Rechtsanwalt M. über den Verlauf des Prozesses korrespondirte. —

Die Gebühren wurden derart getheilt, daß wenn Versäumnißurtheile ergingen, der Anspruch vom Gegner anerkannt oder die Klage zurückgenommen wurde, Rechtsanwalt M. die Hälfte der Gebühr, bei kontradiktorischen Verhandlungen oder Beweisaufnahmen aber die Prozeßgebühr erhielt. Der Anschauung des Ehrengerichtes, daß ein solches Uebereinkommen nicht zu billigen, muß beigetreten werden. —

1. Da der Eröffnungsbeschluß, welcher die Grundlage des Hauptverfahrens zu bilden hat, ohne Hinweis auf die Arbeitstheilung die Verletzung der Berufspflicht im Sinne des § 28 Rechtsanwaltsordnung darin findet, daß die Angeschuldigten „auf Grund eines zwischen ihnen getroffenen Abkommens die dem beim Landgerichte X. zugelassenen Angeschuldigten S. für die beim Landgerichte zu X. geführten Prozesse zustehenden Gebühren unter sich theilten," — so liegt der Nachdruck auf der vereinbarten Gebührentheilung, einer Vereinbarung, die sich nach der nicht zu beanstandenden Auffassung der Vorinstanz als ein Akt illoyaler Konkurrenz charakterisirt. —

Es ist zuzugeben, daß, wenn einzelne der bei einem Landgerichte zugelassenen Anwälte derartige Vereinbarungen mit Anwälten der zum Bezirke gehörigen Amtsgerichte abschließen und wenn in Folge derselben die Mandanten der amtsgerichtlichen Anwälte regelmäßig nur den mit diesen in Verbindung stehenden Anwälten zugewiesen werden, die übrigen landgerichtlichen Anwälte, welche sich auf derartige bedenkliche Uebereinkommen nicht eingelassen haben, außer Konkurrenz gestellt und aus den treffenden Amtsgerichtsbezirken kaum mehr einen Anfall von Mandaten zu gewärtigen haben werden.

Der Verzicht des landgerichtlichen Anwalts auf einen Theil seiner Gebühren, die er dem Anwalt am Amtsgerichte überläßt, hat also die Wirkung, daß er seinen Kollegen am Landgerichte

Mandate, bezüglich deren er, wenn die Auftraggeber die freie Wahl hätten, mit jenen konkurriren müßte, durch den Nachlaß an Gebühren, also durch ein „Unterbieten“ sicher entzieht, während er selbst, wie der Erste Richter mit Recht ausführt, sich gewissermaßen „ein gesichertes und bequemes Generalmandat“ verschafft. —

Der pekuniäre Vortheil des zu dieser ungehörigen Art der Konkurrenz mitwirkenden amtsgerichtlichen Anwalts ist ohnehin klar, da er ohne das Uebereinkommen irgend welchen Anspruch auf Gebühr in solchen, außerhalb seiner Zuständigkeit liegenden Sachen überhaupt nicht haben würde. —

Wohl ist richtig, daß ein derartiges Uebereinkommen die allerdings an sich erwünschte Folge hat, daß den Parteien in der Regel Kosten erspart werden, indem entweder Reisekosten oder die Kosten eines Korrespondenzanwalts durch den unmittelbaren und kostenfreien Verkehr der beiden Rechtsanwälte überflüssig gemacht werden, allein auch diese Ersparniß ist nur möglich zum Nachtheile der übrigen Anwälte, die eben, wenn sie sich auf derartige Vereinbarungen nicht einlassen, ihren Parteien die bezüglichen Kosten zumuthen und gegebenen Falles verrechnen müssen, dadurch aber theuerer erscheinen und auch von diesem Gesichtspunkte aus unter der illoyalen Konkurrenz der „billiger“ arbeitenden Kollegen zu leiden haben werden.

2. Allerdings kann eine Vereinbarung über Gebührentheilung, wie sie hier vorliegt, nicht erschöpfend gewürdigt werden, wenn nicht sämmtliche Gründe der Theilung und insbesondere die geschäftliche Grundlage, auf welcher dieselbe beruht, mit in das Bereich der Würdigung gezogen werden und es ist zuzugeben, daß sich hiebei anscheinend Momente zu Gunsten der Angeschuldigten ergeben. — Insbesondere ist es die Theilung der Arbeit, welche die Angeschuldigten in erster Linie für sich anzuführen vermögen. — Mit Rücksicht auf diese Arbeitstheilung erscheint auch die Analogie des Gebührennachlasses an Private, auf welche der Erste Richter hinweist, nicht völlig zutreffend. —

Daß der Anwalt, welcher seinem Mandanten Gebühren nachläßt, um seine Praxis zu erweitern, seine Kollegen zu „unterbieten“ und für „billiger“ als diese zu gelten, unanständig handelt, steht außer Frage und es wird sich — abgesehen von einzelnen Akten der Generosität gegenüber minder bemittelten Parteien — wohl auch regelmäßig kein anderer Grund für einen solchen Nachlaß finden lassen, als der einer gewerbsmäßigen Ausbeutung der Rechtsanwaltschaft im pekuniären Interesse.

Hier dagegen hat der Rechtsanwalt am Amtsgerichte, welchem ein Theil der Gebühren zugewiesen wird, hiefür auch durch Fertigung der Schriftsätze eine wirkliche Gegenleistung gewährt und der Rechtsanwalt am Landgerichte, welcher mit ihm die Vereinbarung getroffen hat, den dem anderen zugebilligten Gebührenantheil nicht umsonst und etwa lediglich für Zuwendung der Mandate abgetreten, sondern dafür Arbeiten geliefert erhalten, die seine eigene Bemühung bei der Parteivertretung wesentlich verringerten und für welche er auch Vergütung leisten müßte, wenn er sie etwa durch einen Hilfsarbeiter in seinem eigenen Büreau anfertigen ließe. — Man kann auch nicht sagen, daß die Gebührentheilung, wie sie hier vereinbart war, den beiderseitigen Leistungen nicht entsprochen habe und es tritt deshalb, wenn auch mit dem Ersten Richter anzunehmen ist, daß beide Anwälte mit der Vereinbarung zugleich das Interesse einer Erweiterung der beiderseitigen Praxis verfolgten und erreichten, doch das Motiv des Eigennutzes nicht so nackt in den Vordergrund, wie bei dem Angebote eines Gebührennachlasses an Private. —

Auf der anderen Seite darf dagegen nicht übersehen werden, daß gerade in einer Arbeitstheilung, wie sie hier gehandhabt wurde, ein mit dem Gesetze, insbesondere mit den Vorschriften über den Anwaltszwang und die Lokalisirung der Anwaltschaft nicht vereinbares Verfahren liegt.

Die §§ 8 und 27 Rechtsanwaltsordnung wie § 74 Civilprozeßordnung bestimmen als Regel, daß die Zulassung des Rechtsanwalts bei einem bestimmten Gerichte erfolgt und daß sich vor dem Landgerichte und allen höheren Gerichten die Parteien durch einen bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lassen müssen, daß überhaupt nur ein solcher die Vertretung als Prozeßbevollmächtigter übernehmen kann. —

Wenn nun auch durch das hier fragliche Uebereinkommen dieser Vorschrift äußerlich nicht entgegengehandelt wurde, weil ja die vom Anwalte am Amtsgerichte gefertigten Schriftsätze von dem am Landgerichte zugelassenen Anwalte unterzeichnet und unter seiner Verantwortung eingereicht wurden, so muß doch darin dem Ersten Richter beigepflichtet werden, daß thatsächlich und materiell die Prozeßführung mit Ausnahme der mündlichen Vertretung in den Händen des amtsgerichtlichen Anwalts lag, zumal dieser nicht etwa blos — wie ein juristisch gebildeter Hilfsarbeiter — Konzepte der verschiedenen Schriftsätze fertigte, und solche dem mit ihm verbündeten Rechtsanwalte am Landgerichte zur weiteren Behandlung und allenfallsigen Aenderung in seinem Sinne überließ, sondern seine Arbeit sofort mit der nöthigen Zahl von Abschriften übersandte, so daß dem Anwalte am Landgerichte wohl regelmäßig nur die Unterzeichnung des unveränderten Schriftsatzes übrig blieb und der Inhalt im Ganzen seinem Einflusse entzogen war.

Darin, daß ein am Amtsgerichtssitze wohnender Anwalt, dem die Zulassung beim Landgerichte ausdrücklich versagt war, gleichwohl thatsächlich solche Vertretungen beim Landgerichte übernahm, während der landgerichtliche Anwalt ihm solches ermöglichte, liegt aber eine Umgehung des Gesetzes, die der auf dieses Verfahren gestützten Gebührentheilung nicht zur Entschuldigung dienen kann.

3. Auch ein allenfallsiger Rechtsirrthum auf Seite der Angeschuldigten, den der Erste Richter bezüglich der Zulässigkeit der Vereinbarung unterstellt, vermag die Straflosigkeit nicht zu begründen. — Es handelt sich hier nach der nicht zu beanstandenden Annahme des vorigen Richters darum, ob sich die Angeschuldigten durch ihr Verhalten der Achtung würdig gezeigt haben, die ihr Beruf erfordert. — Ist eine Gebührentheilung, wie die unter Anklage gestellte mit der Achtung unvereinbar, welche der Anwaltstand erfordert — und das nimmt der Ehrengerichtshof an — so kommt es, wie der Ehrengerichtshof schon früher ausgesprochen hat, nicht darauf an, ob die Angeschuldigten auch im Bewußtsein ihres Unrechts gehandelt haben. Indem das Gesetz dem Rechtsanwalt zur Pflicht macht, durch sein Verhalten sich der Achtung, die sein Beruf erfordert, würdig zu zeigen, verlangt es von demselben auch die richtige Erkenntniß aller derjenigen Anforderungen, welche das Ansehen und die

Ehre des Berufes erheischen. Fehler in dieser Richtung machen — abgesehen von hier nicht zutreffenden, die freie Willensbestimmung ausschließenden Voraussetzungen — den Anwalt strafbar, gleichviel, ob er sich der Unwürdigkeit seines Verhaltens bewußt gewesen ist oder nicht. — Hiernach war die Berufung der beiden Angeschuldigten, wie geschehen, zurückzuweisen.

Erkenntniß des Königlich Preußischen Oberverwaltungsgerichts (Zweiter Senat) vom 6. Januar 1888

in der Verwaltungsstreitsache des Rechtsanwalts Dr. H. zu B., Klägers, wider den Magistrat zu B., Beklagten, Beide Revisionskläger und Revisionsbeklagte.

Die Ausübung der Rechtsanwaltschaft ist nicht als Betrieb eines Gewerbes im Sinne des Kommunalabgabengesetzes vom 27. Juli 1885 (Gesetz-Samml. S. 327) anzusehen; es wohnt derselben vielmehr eine öffentlichrechtliche Natur bei.

Vergleiche Ausführungen in dem Erkenntniß des Reichsgerichts vom 5. November 1885 (Pr. Just.-Minist.-Bl. 1886 S. 33) und in dem Erkenntniß des Ehrengerichtshofes vom 29. Januar 1886 (Pr. Just.-Minist.-Bl. S. 89).

Entscheidungsgründe.

Das Oberverwaltungsgericht hat in seinem Endurtheile vom 1. April 1887 in der Streitsache des Rechtsanwalts N. wider den Magistrat zu B., welches in der Vorentscheidung angezogen, auch vom Kläger in Bezug genommen und in dem Preußischen Verwaltungsblatte Jahrgang VIII Nr. 33 S. 257 ff. veröffentlicht ist, angenommen, auch seitdem wiederholt in gleichmäßiger Rechtsprechung daran festgehalten, daß die Ausübung der Rechtsanwaltschaft als Betrieb eines Gewerbes im Sinne des Kommunalabgabengesetzes vom 27. Juli 1885 nicht anzusehen ist. Bei der mündlichen Verhandlung vor dem Oberverwaltungsgerichte wurde den Motiven der vorgedachten Entscheidungen zwar in mannigfacher Richtung entgegengetreten, insbesondere auf die Gründe des ersten Urtheils und weiter darauf verwiesen, daß nach der Entstehungsgeschichte des Einkommensteuergesetzes vom 1. Mai 1851 es keineswegs beabsichtigt worden sei, die verschiedenen im § 30 a. a. O. benannten Einkommensquellen als theils gewerbliche, theils nicht gewerbliche auseinanderzuhalten, daß auch aus dem Reichsstrafgesetzbuche für den amtlichen Charakter der Anwaltsthätigkeit nichts Entscheidendes zu entnehmen sei; es wurde endlich ein neuerlich ergangenes, allerdings inzwischen angeblich mit der Revision angefochtenes Urtheil des Bezirksausschusses zu B. in Sachen des Rechtsanwalts M. wider den Magistrat überreicht, in welchem, nach der Auffassung des Beklagten, die Qualität der Rechtsanwalte als Gewerbetreibende eine neue, bisher nicht gewürdigte Begründung erfahren habe. Aus diesen An- und Ausführungen war jedoch kein Anlaß zu entnehmen, von der bisherigen, auch bei erneuter Erwägung richtig befundenen Auffassung abzuweichen. Die dafür sprechenden Gründe sind, soweit sie sich aus der schon erwähnten Entscheidung vom 1. April 1887 ergeben, den Parteien bekannt, weshalb es genügt, darauf zu verweisen.

Wenn in der Vorentscheidung vom 24. Mai 1887 zur Motivirung der gegentheiligen Auffassung auf die Preußische Gesetzgebung der Jahre 1810 und 1811, betreffend die Gewerbesteuerpflicht der Justizkommissarien, und weiter auf § 6 der Reichsgewerbeordnung zurückgegriffen wird, so ist die Bedeutungslosigkeit dieser Vorgänge für die hier streitige Frage bereits in dem Urtheile vom 1. April 1887 dargelegt. Ebendort ist — den § 30 des Gesetzes vom 1. Mai 1851 betreffend — bereits anerkannt, es möge der Gesetzgeber nicht die Absicht oder doch kein unmittelbares Interesse daran gehabt haben, das Gewerbe als solches besonders zu kennzeichnen und begrifflich zu umgrenzen; gleichwohl bleibt es von unverkennbarem Gewicht, daß thatsächlich sowohl der Gesetzgeber des Jahres 1851, als auch — bei Erlaß der Instruktion vom 3. Januar 1877 — der zuständige Minister es zur Klarstellung des Gesetzes für geboten erachtet haben, die gewinnbringende Beschäftigung dem Gewerbe und Handel als etwas damit nicht Zusammenfallendes gegenüber zu stellen und das Einkommen der Staats- und Gemeindebeamten — welches zweifellos kein gewerbliches — als ein mit dem des Advokaten gleichartiges und verwandtes zu bezeichnen. Im Uebrigen wird in der Vorentscheidung der Nachweis versucht, daß einzelne, bei der Anwaltsthätigkeit vorkommende Eigenthümlichkeiten — so: deren staatliche Regelung und Kontrole, die Normirung der Gebühren, die Pflicht, dem Publikum dienstbar zu sein — sich auch bei sonstigen Berufsthätigkeiten, wie insbesondere bei denen der Apotheker und Schornsteinfeger, vorfänden, ohne daß denselben der gewerbliche Charakter dadurch verloren gehe. Das Verhältniß des Staates und speziell der Justizverwaltung zu den Rechtsanwalten und die Ueberwachung der Letzteren in ihrem amtlichen und außeramtlichen Verhalten durch die dazu berufenen Behörden, sowie endlich die gesetzliche Ordnung des Gebührenwesens haben indeß nichts gemein mit der gewerbepolizeilichen Kontrole gewisser Gewerbe und der Zulässigkeit polizeilicher Taxen für Bäcker, Gastwirthe, Schornsteinfeger und die sonst in §§ 72 bis 80 der Reichsgewerbeordnung genannten Personen, so daß mit diesen Argumenten sich ein Boden für eine von der diesseitigen Auffassung abweichende Rechtsprechung nicht schaffen läßt.

Die Anwaltsthätigkeit — so wird dann in dem überreichten Urtheile in Sachen M. wider den Beklagten ausgeführt — habe einen doppelten Charakter, einen staatsrechtlichen dem Staate und wohl auch dem Publikum — als Ganzes betrachtet — gegenüber und einen privatrechtlichen im Verhältnisse zu dem einzelnen Machtgeber des Rechtsanwalts, wofür als Belag unter Anderem eine Entscheidung des vormaligen Preußischen Obertribunals vom 12. April 1844 (Simon und Strampf, Entscheidungen Bd. X S. 136) in Bezug genommen wird. Dem ist beizupflichten, aber hinzuzufügen, daß sich eine ähnliche Verbindung öffentlichrechtlicher und privater Verhältnisse auch auf anderen Gebieten, so insonderheit bei jener schon erwähnten zweiten Gruppe gewinnbringender Beschäftigungen, innerhalb des Preußischen Beamtenrechtes vorfindet (vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. XVIII S. 173 ff.), ohne daß dadurch das Einkommen des Beamten, auch wenn es vertragsmäßig normirt worden, zu einem gewerblichen wird. Es kommt eben in Frage, und darin liegt auch hier das entscheidende Moment, ob für die Beurtheilung der Gesammtstellung der

Rechtsanwalte die öffentlichrechtliche oder die privatrechtliche Seite ihrer Thätigkeit den maßgebenden Gesichtspunkt abgiebt. Wäre es gestattet, dabei lediglich der Rechtsentwickelung innerhalb der Preußischen Landesgesetzgebung zu folgen, so könnte die Entscheidung nicht zweifelhaft sein. „Bekanntlich giebt es" — so führt das Preußische Obertribunal in der Plenarentscheidung vom 20. Juni 1853 (Entscheidungen Bd. 26 S. 1) zutreffend aus — „drei Systeme, nach welchen in den verschiedenen Ländern die Advokatur behandelt wird, nämlich:

1. das System, nach welchem jeder, der Lust hat, als Advokat aufzutreten, als solcher fungiren und sein Glück versuchen kann; ferner
2. das System, nach welchem die Regierung nur bestimmten Personen dieses Recht ertheilt, als Advokaten aufzutreten, zugleich bei jedem Gerichte eine gewisse Anzahl von Advokaten gestattet und sich vorbehält, einzelne Kandidaten nach vorheriger Prüfung und Vereidigung in ähnlicher Weise, wie man zum Staatsdienste bestellt wird, als Advokaten zu ernennen;
3. das System, nach welchem jeder, der eine gewisse Prüfung bestanden hat, in den Kreis der Advokaten eintreten und nach einer gewissen Vorbereitungszeit verlangen kann, in den engeren Kreis der vollberechtigten Advokaten aufgenommen zu werden und bei jedem Gerichte, bei welchem er will, als Advokat sich niederzulassen."

Die Preußische Gesetzgebung hatte in der allgemeinen Gerichtsordnung das mittlere dieser Systeme adoptirt. Nach derselben sind die Justizkommissarien — wenn auch nicht zu den eigentlichen Staatsdienern im engeren Sinne gehörend — doch immerhin noch als Staatsdiener, als Beamte anzusehen. Aus der reichhaltigen Judikatur mag in dieser Beziehung verwiesen werden auf das — sich gerade auf dem Gebiete der Gemeindebesteuerung bewegende — Erkenntniß des Obertribunals vom 24. Juni 1873 (Entscheidung Bd. 70 S. 171 ff.), ferner auf die Urtheile vom 11. Januar 1861 (Bd. 44 S. 42*), vom 17. November 1874 (Bd. 74 S. 314) und die Entscheidung Bd. 49 S. 1*. Die Preußischen Rechtsanwalte waren, wenn es auf den Charakter ihrer Gesammtstellung ankam, als Gewerbetreibende nicht anzusehen, was nicht ausschließt, daß das Rechtsverhältniß zwischen Bevollmächtigten und Machtgeber nach privatlichen Gesichtspunkten zu beurtheilen ist und das Prozeßmandat, wie es in dem Urtheil vom 12. April 1844 heißt, „in die Sphäre des Gewerbebetriebes fiel". Allein diese ganze Rechtsprechung gehört der Hauptsache nach der Geschichte an. Das geltende Reichsrecht hat das dritte der oben auseinandergelegten Systeme erwählt; es hat den Zutritt zur Berufsthätigkeit des Anwaltes erleichtert, zugleich aber dem Anwaltstande eine öffentlich rechtliche Stellung eingeräumt, wie sie dem Preußischen Rechte in diesem Umfange unbekannt war. Die Rechtsanwaltschaft bildet, zufolge des durchgeführten Anwaltszwanges gerade für die wichtigsten Angelegenheiten, wie in der Vorentscheidung zutreffend bemerkt wird, ein nothwendiges Bindeglied der zur Handhabung der Rechtspflege getroffenen Staatseinrichtungen, dergestalt, daß der Staat dieser seiner vornehmsten Aufgabe ohne Betheiligung derselben gar nicht gerecht werden kann, die Rechtsanwalte also zu einer unmittelbaren Mitwirkung bei Erreichung dieses Staatszweckes berufen sind, wobei es naturgemäß auch dem Staate oblag, den Rechtsanwalten ein ihrer Stellung entsprechendes Einkommen zu sichern. Letzteres ist durch Regelung des Gebührenwesens geschehen, wobei der Staat unter Umständen sogar mit öffentlichen Mitteln eintritt (vergl. § 150 der Strafprozeßordnung). Das Verhältniß des Rechtsanwaltes zu seinem Machtgeber von dieser seiner öffentlichrechtlichen Stellung zu sondern, ist unthunlich; nur um dieser seiner Stellung willen werden vom Publikum und dem Einzelnen seine Dienste in Anspruch genommen und nur diese öffentlichrechtliche bevorrechtete Stellung wird zur Quelle seines Einkommens.

Deshalb kann nicht anerkannt werden, daß die Rechtsanwalte zur Zeit — wenngleich mit höherer Qualifikation — doch nur als Personen zu gelten haben, welche sich (§ 35 Abs. 3 der Reichsgewerbeordnung) mit der gewerbsmäßigen Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten befassen, daß das entscheidende Moment, wie es in dem angegriffenen Urtheile heißt, darin liegt, daß der Rechtsanwalt durch Ausübung seines Berufes einen materiellen Gewinn erzielt, und daß die finanzielle Seite des Berufes unter Ausnutzung der staatlich damit verbundenen Vorrechte für seinen Gesammtcharakter das Maßgebende ist; vielmehr war an den in dem Urtheile vom 1. April 1887 entwickelten Sätzen auch hier festzuhalten. Es ist nicht das Erreichen eines Gewinnes, wovon das Wesen dieser Berufsthätigkeit beherrscht wird oder wenigstens bei normaler Entwickelung beherrscht werden darf, weil deren Schwergewicht nicht in der Möglichkeit finanzieller Erfolge für die Person des Anwaltes liegt, sondern dessen Gesammtthätigkeit das ihr eigenthümliche und entscheidende Gepräge durch die ihr beiwohnende öffentlichrechtliche Natur erhält. Das Vorwalten der letzteren schließt die steuerliche Behandlung der Rechtsanwaltschaft unter dem Gesichtspunkte eines Gewerbebetriebes unbedingt aus. Daß die Thätigkeit des Notars keine gewerbliche ist, wird auch in dem Vorderurtheil angenommen und steht völlig außer Frage; dagegen befindet sich die angegriffene Entscheidung bezüglich der Rechtsanwaltschaft im Widerspruche mit den entwickelten, das bestehende Recht darstellenden Grundsätzen; sie unterliegt deshalb der Aufhebung (§ 94 des Landesverwaltungsgesetzes), womit die Revision des Beklagten ihre Erledigung findet.

Vom Reichsgericht.*)

Wir berichten über die in der Zeit vom 22. Januar bis 11. Februar 1888 ausgefertigten Erkenntnisse.

I. Die Reichsjustizgesetze.

Zur Civilprozeßordnung.

1. (Fall aus dem Gebiete des Pr. L. R.) Es muß die Annahme des Vorderrichters, daß eine gesetzliche Vertretung der prozeßunfähigen Kl. rechtlich ausgeschlossen sei, beanstandet werden. — Das Gericht geht von dem Grundsatze aus, daß die Ehescheidungsklage den gegenwärtigen Willen der Kl. selbst, ihre Ehe gelöst zu sehen, zur Voraussetzung habe. Dieser Grundsatz ist an sich unbedenklich. Die Ehe ist ein

*) Nachdruck ohne Angabe der Quelle verboten.

auf sittlichem Grunde beruhendes Verhältniß; und daraus ergiebt sich, daß die Entscheidung darüber, ob dies Verhältniß bestehen bleiben oder aufgelöst werden soll, rechtswirksam nur durch den Willen der Ehegatten selbst hervorgerufen werden und eine Vertretung derselben in diesem Willen nicht Platz greifen kann. Ebenso folgt aus prozessualen Regeln, daß ein solcher Auflösungswille eines Ehegatten zeitlich grade im Verhältniß zur Scheidungsklage desselben ein gegenwärtiger, d. h. bei Anhängigmachung dieser Klage gegeben sein muß. Auf diesem Standpunkte steht auch das von dem B. G. citirte Urtheil des R. G., abgedruckt in den Entscheidungen Bd. 6 S. 157. Hingegen erscheint die Forderung des B. G., daß der rechtswirksame Scheidungswille des klagenden Ehegatten selbst auch noch bis zum Erlaß des Urtheils fortdauere, nicht zutreffend. Aus dem vorgedachten Urtheil des R. G. läßt sich dieselbe keineswegs herleiten; denn in dem damaligen Falle lag die Sache so, daß die Scheidungsklage für eine geisteskranke Ehefrau von deren Vormunde angestellt wurde, nachdem die Ehefrau ihren Scheidungswillen allerdings bei noch vorhandener Handlungsfähigkeit, aber bereits mehrere Jahre vor dem Scheidungsprozeß und ohne Zusammenhang mit demselben erklärt hatte. Auch in dem Wesen der Ehe findet die Auffassung des Vorderrichters keine Stütze. Vorausgesetzt, daß ein Ehegatte den Willen auf Trennung seiner Ehe in handlungsfähigem Zustande durch Anhängigmachung der Scheidungsklage einmal bekundet hat, bietet die sittliche Natur der Ehe kein Hinderniß, die weitere Betreibung des Scheidungsverfahrens, falls der klagende Ehegatte die Prozeßfähigkeit verliert, dem gesetzlichen Vertreter, also dem Vormunde desselben, welchem der Staat an sich die volle Fürsorge für Person und Vermögen, wie die erforderliche Vertretung des Mündels anvertraut (vergl. Preußische Vormundschaftsordnung §§ 27, 81, 83), zu verstatten, sobald er die Fortsetzung der Scheidung im Interesse des Mündels für nothwendig oder nützlich erachtet. In ähnlichem Sinne haben sich das vormalige Preußische Obertribunal (in den Entscheidungen Bd. 73 S. 250 und in Striethorst' Archiv Bd. 68 S. 211), und in neuerer Zeit Peters (Ehescheidung S. 5,90) ausgesprochen; und auch Dernburg tritt dem nicht unbedingt entgegen (Vormundschaftsrecht, 3. Auflage S. 294, 398; Preußisches Privatrecht Bd. III S. 65). In dem in den Entscheidungen Bd. 9 S. 214 veröffentlichten Urtheil des R. G., welchem allerdings der Fall einer Klage auf Ungültigkeit der Ehe zu Grunde lag, ist der beachtenswerthe Gesichtspunkt geltend gemacht, daß schließlich doch ein Mittel gefunden werden müsse, wo das Interesse eines willensunfähigen Mündels es erheische, die Ungültigkeit der Ehe desselben rechtlich zu erwirken (S. 223). Es darf auch darauf hingewiesen werden, daß das A. L. R. für den Fall, daß ein Ehegatte erst nach fruchtlosem Sühneversuch stirbt, den *Erben* desselben zum Behuf der Vermögensauseinandersetzung noch die Verfolgung der Scheidungsklage gestattet § 827 Thl. II Tit. 1). In prozessualer Beziehung ist übrigens zu bemerken, daß nach § 82 (§ 223) der C. P. O. die einmal ertheilte Prozeßvollmacht durch eine Veränderung in der Prozeßfähigkeit oder gesetzlichen Vertretung des Machtgebers nicht aufgehoben wird. Wird von dem vorstehend entwickelten Rechtsstandpunkt aus das jetzige Sachverhältniß, wie es bisher feststeht, beurtheilt, so eröffnet sich die Möglichkeit, dem von der noch handlungsfähigen Kl. selbst durch Ausstellung der Prozeßvollmacht, Erwirkung des Sühneversuchs und Erhebung der Klage rechtswirksam eingeleiteten Scheidungsprozesse auch rechtswirksamen Fortgang durch Eintritt des vorhandenen oder zu bestellenden gesetzlichen Vertreters der Kl. zu verschaffen. Den prozessualen Weg dafür giebt der § 54 der C. P. O. an die Hand. Andrerseits aber erweist sich dann der vom B. G. bei Seite gelassene Einwand des Bekl., daß die Kl. bereits am 2. Dezember 1884 geisteskrank gewesen sei, als erheblich; denn falls dieser Einwand sich bewahrheitet, ist Kl. zur Zeit aller jener prozeßeinleitenden Akte schon handlungsunfähig gewesen, sodaß es an einem rechtswirksamen gegenwärtigen Scheidungswillen derselben und damit an der Vorbedingung für die Heilung des Verfahrens fehlen würde, zumal auch die bisherige gewillkürte Prozeßvertretung der Kl. dann der rechtlichen Wirksamkeit entbehren würde (vergl. C. P. O. § 513 Nr. 5). IV. C. S. i. S. v. Salmuth c. v. Salmuth vom 12. Januar 1888, Nr. 255/87 IV.

2. Die C. P. O. geht davon aus, daß die Kosten einer Instanz der Regel nach nur einmal liquidirt, und von dem zur Zahlung derselben Verurtheilten eingefordert werden sollen. Sind die Kosten ganz oder theilweise nach Quoten vertheilt, oder liegen rechtskräftige Urtheile mehrerer Instanzen vor, in welchen definitiv über die Kostenpflicht entschieden ist, so muß die erforderliche Ausgleichung gemäß § 100 der C. P. O. erfolgen. V. C. S. i. S. Ahnert c. Klöppel vom 7. Januar 1888, B. Nr. 122/87 V.

3. Nach § 289 C. P. O. ist der Richter an das von ihm erlassene Urtheil gebunden. Er darf dasselbe also nicht mehr *ändern*, sobald es verkündet ist, sondern nur *berichtigen* und zwar nur dasjenige berichtigen, was sich offenbar als das nicht Gewollte ergiebt, und nur in dasjenige berichtigen, was sich offenbar und ohne weitere Erwägung als das Gewollte darstellt. Es handelt sich also nur um Mängel im Ausdruck des Gewollten, nicht um Mängel des Wollens. Irrthümer, die das Letztere beeinflußt haben, sind nicht Gegenstand einer Berichtigung nach dem angezogenen § 290, gehören nicht zu den „Schreibfehlern, Rechnungsfehlern und ähnlichen offenbaren Unrichtigkeiten" im Urtheil. Im vorliegenden Falle ist die Berichtigung nicht erfolgt, weil die Kostenvertheilung des Urtheils nicht gewollt war, sondern deshalb, weil diese beruhte auf einer nach der Meinung des B. R. irrthümlichen Prämisse, irrthümlich in der Schätzung der Höhe der zurückgewiesenen Mehrforderung des Kl. Das ist eine neue Erwägung, eine Aenderung des Urtheils und um so weniger überhaupt ein offenbarer Irrthum, als die Berichtigung sich nicht von selbst aus dem verkündeten Urtheil klar stellt, sondern sogar bezweifelt werden kann, ob nicht das Urtheil mit Rücksicht auf § 4 der C. P. O. die Kosten zutreffender vertheilt hat, als der Berichtigungsbeschluß. I. C. S. i. S. Hedinger c. Kluge vom 21. Januar 1888, B. Nr. 4/88 V.

4. Die C. P. O. enthält keine Vorschriften darüber, welche Personen überhaupt nicht (also auch nicht uneidlich) als Zeugen vernommen werden dürfen. Das R. G. hat jedoch bereits mehrfach aus dem Begriff eines Zeugen gefolgert, daß das Gesetz mit diesem Ausdruck nur dritte Personen, nicht auch die Prozeßparteien gemeint haben könne, und daß insbesondere Personen, an welche die Zuschiebung eines Parteieides gestattet ist, nicht als Zeugen vernommen und als solche beeidigt werden

dürfen. (Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. II S. 400 II. C. S.; Gruchot, Beiträge, Bd. 29 S. 1080 V. Senat.) Zu den Personen, welchen ein Parteieid zugeschoben werden kann, gehören nach ausdrücklicher Bestimmung des § 414 der C. P. O. Nebenintervenienten nur dann, wenn sie gemäß § 66 der C. P. O. zu den Streitgenossen zu rechnen sind. Hier ist Kienast nach der Streitverkündung des Bekl. dem Prozesse beigetreten. Er nimmt mithin nach §§ 71. 63 ff. der C. P. O. die Stellung eines Nebenintervenienten ein. Daß der im § 414 cit. gedachte Ausnahmefall nicht vorliegt, bedarf keiner Erörterung. Der zweite Grund, welchen das R. G. für die Zeugnißunfähigkeit einer Person anführt, trifft also hier nicht zu, und es fragt sich also nur, ob der Nebenintervenient zu den Prozeßparteien gehört, und aus diesem Grunde nicht Zeuge sein darf. Auch das ist zu verneinen. § 63 Abs. 1 der C. P. O. bestimmt: Wer ein rechtliches Interesse daran hat, daß in einem zwischen andern Personen anhängigen Rechtsstreite die eine Partei obsiege, kann dieser Partei zum Zwecke ihrer Unterstützung beitreten. Dies Gesetz läßt sich nur in dem Sinne verstehen, daß der Beitretende nicht selbst Partei, sondern Gehülfe einer Prozeßpartei wird. Er verfolgt nicht sein Recht, sondern unterstützt die Prozeßpartei bei der Verfolgung ihres Rechts. Der Wille der letzteren bleibt für den Prozeß maßgebend, und der Nebenintervenient kann mit demselben durch seine Prozeßhandlungen nicht in Widerspruch treten (§ 64 der C. P. O.). Er darf insbesondere den Streitgegenstand nicht ändern, nicht Anerkenntnisse oder Verzichte in Betreff desselben abgeben, und nicht, wie schon bemerkt, einen Parteieid schwören. Geht man aber davon aus, daß der Nebenintervenient nur als ein Dritter zur Unterstützung der Prozeßpartei, wenn auch aus eigenem Interesse, in den Rechtsstreit eintritt, so steht begrifflich seiner Zulassung als Zeuge nichts entgegen. Das R. G. hat sich dieser, auch in der Doktrin überwiegend gebilligten Ansicht angeschlossen. V. C. S. i. S. Heinrich c. Braun vom 14. Januar 1886, Nr. 267/87 V.

5. Die in den §§ 428 und 429 der C. P. O. vorgesehenen Wirkungen der Eidesleistung sowie der Erlassung und Verweigerung des Eides beschränken sich, wie das R. G. schon wiederholt ausgesprochen hat (vergl. Entscheidungen Bd. XI S. 420 und Juristische Wochenschrift, Jahrgang 1885 S. 216) und jetzt allgemein angenommen wird, auf denjenigen Rechtsstreit, in welchem die Eidesleistung bezw. der Erlaß oder die Verweigerung des Eides erfolgte. II. C. S. i. S. Hertz c. Schüll, vom 24. Januar 1888, Nr. 279/87 II.

6. Der Bekl. hat in dem anberaumten Schwörungstermin erklärt, den ihm auferlegten Eid nicht schwören zu können. Damit war als gesetzliche Folge der Eidesweigerung die Annahme des Gegentheils der zu beschwörenden Thatsache begründet (§ 429, 495 der C. P. O.), ohne daß auf die Motivirung und Erläuterung der Eidesweigerung etwas ankommen konnte, da es sich nicht um den Fall handelt, wo der Schwurpflichtige sich unter Zugeständniß bisher bestrittener Thatsachen zur Leistung eines beschränkteren Eides erbietet (§ 431). Es bedarf daher gar keines Eingehens auf die vom Kl. angeregte Frage, ob die vom Bekl. ausdrücklich eingeräumten Thatsachen schon zur Klagbegründung ausgereicht hätten. Ebensowenig war aber auch auf seine Rüge einzugehen, daß die gesetzlichen Voraussetzungen für die Eidesauflage mittelst Beweisbeschlusses (§ 426) nicht vorgelegen hätten und deshalb das der Eidesverweigerung drohende Präjudiz gar nicht hätte in Anwendung gebracht werden dürfen. Denn wenn Ersteres auch anzunehmen sein sollte, so würde der Bekl. doch nach § 267 und 492 der C. P. O. jetzt keinenfalls mehr in der Lage sein, diesen Fehler zu rügen, nachdem er in dem auf Grund des nunmehr angefochtenen Beweisbeschlusses anberaumten Schwörungstermin erschienen und die angebliche Ordnungswidrigkeit des Verfahrens nicht gerügt, sondern die Eidesleistung verweigert hat. III. C. S. i. S. Wöhner c. Lindner vom 24. Januar 1886, Nr. 223/87 III.

7. Zunächst war der Einwand der beklagten Gothaer Feuerversicherungsbank zu prüfen, daß die Beschreitung der dritten Instanz in der gegenwärtigen Rechtssache durch § 61 ihrer Verfassung ausgeschlossen sei. Der erste Satz des § 61 läßt nur die erstmalige Berufung an die zweite Instanz zu; bei der Entscheidung dieser Instanz soll es „sein Bewenden behalten." Der Sinn dieser Bestimmung ist klar. Sie untersagt die Anfechtung des zweitinstanzlichen Urtheils durch die ordentlichen Rechtsmittel. Daß die verbotenen Rechtsmittel nicht genannt sind, könnte vielleicht Bedenken gegen die Ausschließung der Revision erregen, wenn der Versicherungsvertrag vor dem Inkrafttreten der C. P. O. zu Stande gekommen wäre. Derselbe ist jedoch erst im Dezember 1884 beredet worden. Die Police verweist ausdrücklich auf die Bankverfassung vom 1. Januar 1845. Demnach bildet die Norm, daß es in Streitfällen bei dem Urtheile der zweiten Instanz verbleibe, einen Bestandtheil des Versicherungsvertrages und nothwendig muß diese Norm mit Rücksicht auf die Zeit des Vertragsabschlusses von der Nichtgestattung der Revision verstanden werden. Der zweite Satz des § 61 behandelt die außerordentlichen Rechtsmittel, ist also hier außer Betracht zu lassen. Auch entstehen durch den zweiten Satz keine Zweifel wider die Auslegung des ersten Satzes. — Es fragte sich lediglich noch, ob ein vor Erlassung des Urtheils vertragsmäßig bedungener Verzicht auf das Recht der Revision den bestehenden Gesetzen zuwiderlaufe. Dies war zu verneinen. Die C. P. O. behandelt in den §§ 475, 529 nur die nach Erlassung des Urtheils erklärten Verzichte. Die Gültigkeit von Verträgen, welche vor dem Urtheile über Verzichte auf Rechtsmittel geschlossen sind, beurtheilt sich demnach, wie auch die Motive zu § 455 des Entwurfs der C. P. O. S. 300 hervorheben, lediglich nach dem Civilrechte. Nach dem hier maßgebenden Sächsischen Rechte sind aber Verträge auf Abschneidung eines zweiten Rechtsmittels nicht ungültig. Das vormalige Oberappellationsgericht zu Dresden nahm an, daß die Parteien, wenn sie darüber einig waren, eine an sich größere Rechtssache nach dem Verfahren für geringfügige Rechtssache behandeln zu lassen, sich im Zweifel des (in geringfügigen Rechtssachen unzulässigen) zweiten Rechtsmittels begeben hatten. Zeitschrift für Rechtspflege, Neue Folge Bd. 8 S. 17 unter 17a. Annalen des Königlich Sächsischen Oberappellationsgerichts Bd. 4 S. 236. Auch ist in einem Erkenntnisse des Oberappellationsgerichts vom Jahre 1850 (mitgetheilt bei Maiß a. a. O. und im Wochenblatte für merkwürdige Rechtsfälle 1852 S. 95 folg.) die Bestimmung des § 61 der Verfassung der Feuerversicherungsbank für Deutschland ausdrücklich für rechtswirksam erachtet worden. Sonach geht dem Kl. der Bekl. unter 3 gegen-

über die Befugniß ab, Revision einzulegen. Sein Rechtsmittel war daher insoweit zurückzuweisen. Die in §§ 497, 529 der C. P. O. vorgeschriebene Formel der Verwerfung als unzulässig konnte darum nicht gewählt werden, weil die Unstatthaftigkeit des Rechtsmittels nicht auf das Gesetz, sondern auf Vertrag gestützt wird. VI. C. S. i. S. Graf Luckner c. Colonia und Gen. vom 12. Januar 1888, Nr. 273/87 VI.

8. Die angegriffenen B. U. sind gesondert ergangen in Rechtsstreitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche. Jedes dieser beiden Urtheile ist (in Bezug auf die darin enthaltene Entscheidung in der Hauptsache) ein für sich bestehendes Urtheil. Jedes derselben bildet den Angriffsgegenstand einer für sich bestehenden Revision. Die Selbstständigkeit jedes dieser Rechtsmittel wird dadurch nicht aufgehoben, daß eine gleichzeitige Verhandlung über beide Rechtsmittel in der Revisionsinstanz beschlossen worden ist. In Bezug auf jedes einzelne Rechtsmittel für sich muß die Frage, ob die gesetzlichen Vorbedingungen seiner Zulässigkeit gegeben sind, geprüft werden. Da keiner von der im § 509 der C. P. O. gekennzeichneten Fällen vorliegt, ist die Zulässigkeit jeder von beiden Revisionen nach § 508 Abs. 1 a. a. O. dadurch bedingt, daß bezüglich der betreffenden Revision für sich der Beschwerdegegenstand einen höheren Werth besitze, als der Betrag von fünfzehnhundert Mark. Nach den zu verknüpfenden Normen der §§ 3, 497, 508, 529 der C. P. O. hat das Revisionsgericht die Zulässigkeit der Revision von Amtswegen zu prüfen und bei dieser Prüfung den Werth des Beschwerdegegenstandes, (welchen der Rkl., [nach § 266 Abs. 2 der C. P. O. unter Ausschließung jeder Beweisaufnahme, die nicht sofort erfolgen kann] in der mündlichen Verhandlung der Revisionsinstanz glaubhaft machen muß,) unter entsprechender Anwendung der §§ 4 bis 9 der C. P. O., sowie (abgesehen von dieser Anwendung) nach freiem Ermessen zu würdigen. Für dieses Ermessen bildet ein Anerkenntniß des Rbkl., daß der Beschwerdegegenstand mehr als fünfzehnhundert Mark werth sei, (vgl. in dieser Beziehung das in „der Praxis des R. G. von Bolze Bd. I Nr. 2021" erwähnte Urtheil IV. 101/84) oder eine Vereinbarung der Parteien über die Existenz eines solchen Werths, ebensowenig wie eine Festsetzung der Gerichte in den Vorinstanzen über den Werth des Streitgegenstandes eine Schranke, wenngleich dieselben geeigneten Falls bei der Würdigung des Werthes zur Anregung dienen können. I. C. S. i. S. Roth c. Schneider vom 14. Januar Nr. 331/87 I.

Zur Konkursordnung.

9. Die Anmeldung im Konkurse, das ist der Antrag auf Zulassung zur Theilnahme am Konkursverfahren und an der Befriedigung aus der Konkursmasse, welche Befriedigung gemäß § 54 der K. K. O. nach sechs Rangklassen erfolgt, erfordert nach § 127 der K. K. O. die Angabe des Betrages und des Grundes der Forderung sowie des beanspruchten Vorrechtes, also der Rangklasse, in welcher Befriedigung gesucht wird. Ist die letztere Angabe bei der Anmeldung versäumt, so kann sie noch nachgeholt werden, nicht nur nach Ablauf der Anmeldefrist, sondern auch noch im Prüfungstermine (§ 130 Abs. 2 der K. K. O.), ist dies aber nicht geschehen, so gilt die lediglich als Konkursforderung eingeführte Forderung als unter Ziffer 6 des § 54 der K. K. O. gehörig angemeldet und ihre nach Prüfung erfolgte Feststellung zur Tabelle nach § 133 Abs. 2 der K. K. O. gegenüber allen Konkursgläubigern wie ein rechtskräftiges Urtheil. Die Preußische K. K. O. vom 8. Mai 1855 enthielt in § 174 die Vorschrift: „Wenn für die Forderung ein Vorrecht nicht spätestens in dem Termine in Anspruch genommen wird, in welchem die Prüfung der Forderung stattfindet, so gehört dieselbe lediglich in die Ordnung der nicht bevorzugten Ansprüche." Die Reichs-K. K. O. schließt sich in dem Anmeldungsverfahren der Preußischen K. K. O. an, ergänzt dieselbe aber durch die Vorschrift des § 133 Abs. 2, worüber die Motive besagen: „Die in der Preußischen K. K. O. nicht klar ausgesprochene materielle Wirkung des Prüfungsverfahrens rücksichtlich der als unstreitig festgestellten Forderungen bringt der Abs. 2 des § 133 dahin zum Ausdruck, daß betreffs ihrer die Eintragung in die Tabelle als ein rechtskräftiges Urtheil gegenüber allen Konkursgläubigern gelten soll". Hiermit soll zwar zunächst und vornehmlich der Widerspruch Seitens anderer Konkursgläubiger, mögen sie angemeldet haben und im Prüfungstermine erschienen sein oder nicht, ausgeschlossen werden, allein es wird zugleich die Feststellung auch zu Gunsten der Konkursgläubiger als unabänderlich erklärt oder, wie die Motive ausdrücklich beifügen: „Die Feststellung wirkt als Judikat nicht nur für, sondern auch gegen den Liquidanten." Dasselbe ist im § 135 der K. K. O. rücksichtlich der auf Klage im ordentlichen Verfahren erlangten Feststellungsurtheile verordnet, welche sich innerhalb der durch den Prüfungstermin abgesteckten Grenzen der Anmeldung zu erhalten haben und wie diejenigen, wodurch ein Widerspruch für begründet erklärt wird, allen Konkursgläubigern gegenüber wirken sollen. Für die Ausschließung nachträglicher Vorrechtsansprüche spricht auch die Natur des Akts der Feststellung zur Tabelle. Diese geschieht der Anmeldung entsprechend, soweit gegen sie im Prüfungstermin ein Widerspruch weder von dem Verwalter noch von einem Konkursgläubiger erhoben wird, § 132 der K. K. O. Sie ist sonach die Folge der auf freier Entschließung der Interessenten beruhenden Unterlassung des Widerspruchs. Wenn aber das Gesetz eine solche nachtheilige Wirkung allen Konkursgläubigern gegenüber eintreten läßt, geht es offenbar davon aus, daß ihnen die Anmeldung als eine abgeschlossene vorliegen müsse, nicht aber nach der Anerkennung eine weitere Steigerung etwa durch Inanspruchnahme eines Vorrechts erfahren könne. Ebensowenig konnte das Gesetz im Interesse eines geordneten und beschleunigten Verfahrens es zulassen, daß der Liquidant die durch den Eintrag seiner angemeldeten Forderung erlangten Rechte wieder aufgeben könne, um neu in veränderter Form anzumelden und so für die gleiche Forderung ein Vorrecht geltend zu machen. Daher wurde die Feststellung zur Tabelle auch dem Liquidanten gegenüber mit der Wirkung einer über den Rang seiner Konkursforderung unabänderlich bestimmenden Entscheidung versehen. Diese Annahme kann weder durch die Hinweisung darauf, daß die K. K. O. mit dem gemeinrechtlichen Präklusionssystem gebrochen habe, widerlegt werden, da es sich nicht um Präklusion einer versäumten Anmeldung handelt, sondern um die Wirkung der auf rechtzeitige Anmeldung getroffenen Feststellung und Eintragung zur Konkurstabelle, noch durch Bezugnahme auf § 293 Abs. 1 der C. P. O., da hier die besonderen Vorschriften für das Konkursverfahren entscheidend sind. II. C. S.

i. S. Muffenbach c. Muffenbach Konkurs vom 12. Januar 1888, Nr. 293/87 II.

10. Das L. G. hat die Klage abgewiesen, weil der Gläubigerausschuß nur seinen Mandanten, den Gläubigern, nicht aber dem Konkursverwalter für die innerhalb seines Wirkungskreises zu übende Sorgfalt verantwortlich sei. Diese Rechtsansicht ist vom B. U. in überzeugender Weise widerlegt worden; es ist den Rkl. nicht gelungen, darzuthun, daß die Auffassung des L. G. der des B. G. vorzuziehen sei. Wenn ein Gläubigerausschuß bestellt ist, so bildet derselbe kraft der ihm vom Gesetz übertragenen Funktionen (K. K. O. §§ 76, 78, 85, 92, 113, 118, 120—123, 125, 147, 163 bis 167, 170) ein Organ der Konkursverwaltung, und zwar trifft dies ebenso für den von der Gläubigerversammlung gewählten wie für den vom Richter ernannten Gläubigerausschuß zu. Die vom ersten Urtheil in Bezug genommene, nicht sehr klare Aeußerung der Motive zur K. K. O., die den Gläubigerausschuß bezeichnet als „ein Vertretungsorgan der Gläubiger, durch freie Willensbestimmung begründet und begrenzt, nicht einem öffentlichen Amts-, sondern einem Mandatsverhältniß vergleichbar“ (Hahn, Materialien zur K. K. O. S. 284), fällt dem Inhalt der gesetzlichen Bestimmungen gegenüber nichts ins Gewicht. Die rechtliche Stellung des Konkursverwalters nach der deutschen K. K. O. ist bekanntlich streitig (vergl. neuerdings L. Seuffert, zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechts, I. Abtheilung S. 71 ff); darüber herrscht aber kein Streit, daß derselbe befugt ist, alles dasjenige zu thun, was zur Wahrung der Aktivmasse erforderlich ist. Hieraus ergiebt sich seine Befugniß, die Mitglieder des Gläubigerausschusses zur Verantwortung zu ziehen, wenn die Masse durch ihre Sorglosigkeit geschädigt worden ist. In der Literatur besteht auch mit alleiniger Ausnahme von Sarwey Einstimmigkeit darüber, daß die Verantwortlichkeit des Gläubigerausschusses auf Grund von § 81 K. K. O. vom Konkursverwalter geltend zu machen ist. Vergl. die Kommentare von v. Völderndorff, v. Wilmowski, Willenbücher zum § 81 a. a. O. War demnach der Konkursverwalter im vorliegenden Fall zur Klageerhebung befugt, so kann seine Legitimation von den Bekl. nicht deswegen bemängelt werden, weil ihm der jetzige Gläubigerausschuß die nach § 121 Nr. 2 K. K. O. zur Anstellung von Klagen erforderliche Genehmigung nicht ertheilt habe. In dieser Beziehung greift, wie beide Instanzurtheile übereinstimmend ausführen, die Bestimmung des § 124 a. a. O. durch. I. C. S. i. S. Barnick c. Winzer Konk. vom 21. Januar, Nr. 362/87 I.

Zur Rechtsanwaltsgebührenordnung.

11. Die fraglichen 3 Mark sind der Bekl. vom O. L. G. zugesprochen als eine von ihr ihrem Anwalte nach § 13 Abs. 1 Nr. 3 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte geschuldete Vergleichsgebühr. Der Vergleich ist gefunden worden in dem Hergange, über welchen das Sitzungsprotokoll des Landgerichts vom 11. Oktober 1887 folgendermaßen berichtet: „Der Kl. erklärte, daß er die erhobene Klage unter Uebernahme der Prozeßkosten zurücknehme, und die Bekl. genehmigte die Rücknahme.“ Wäre hierin in der That ein Vergleich zu erkennen, so möchte es allerdings auch wohl an dem nach § 98 Abs. 1 der C. P. O. als Voraussetzung einer Kostenfestsetzung unerläßlichen zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titel nicht fehlen, indem man die Klage, da der Kl. dieselbe als bereits erhoben bezeichnet, und die Bekl. ohne eine hiergegen gerichtete Bemerkung die Zurücknahme zu genehmigen erklärt hat, ohne Weiteres thatsächlich als zur Zeit anhängig gewesen, und daher den Vergleich als unter § 702 Nr. 1 der C. P. O. fallend ansehen dürfte. Ein Vergleich liegt jedoch keineswegs vor. Mit Recht hat auch schon das O. L. G. angenommen, daß keinenfalls hier von einem über die Hauptsache abgeschlossenen Vergleiche die Rede sein könne; aber auch die Annahme, daß über den Kostenpunkt ein Vergleich zu Stande gekommen sei, ist grundlos. Eine solche Annahme ist auch nicht etwa positiv vom O. L. G. zu Dresden in dem in den Beschlüssen der vorigen Instanzen angeführten frühern Falle (Wengler's Archiv für civilrechtliche Entscheidungen, N. F. Bd. 5 S. 144) aufgestellt, sondern es ist dort, wo übrigens nicht, wie hier, vor dem Beginne der mündlichen Verhandlung des Bekl. zur Hauptsache, sondern erst nach demselben die Zurücknahme der Klage mit Einwilligung des Bekl. stattgefunden hatte, unter Verneinung eines Vergleiches über die Hauptsache, die Frage, ob ein Vergleich über den Kostenpunkt vorliege, offen gelassen worden. Bei der gegenwärtigen Gelegenheit braucht nun diese Frage für den Fall, daß die Zurücknahme der Klage erst nach dem Beginne der mündlichen Verhandlung des Bekl. zur Hauptsache erklärt wäre, nicht entschieden zu werden, weil dieser Fall nicht vorliegt. Nimmt aber der Kl. schon vor jenem Zeitpunkte die Klage zurück, so bedarf es dazu nach § 243 Abs. 1 der C. P. O. überhaupt nicht der Zustimmung des Bekl., und da andererseits der Kl. dem Bekl. gegenüber durch die Zurücknahme der Klage kein Recht aufgiebt, weil nach § 243 Abs. 3 daselbst der Anspruch selbst von diesem Vorgange nicht berührt wird, während die Verbindlichkeit des Kl. zur Kostentragung ohne Weiteres als gesetzliche Folge der Zurücknahme eintritt, so macht auch der Kl. dem Bekl. durch die Erklärung, kostenpflichtig die Klage zurückzunehmen, keinerlei Konzession. Wenn daher in einem solchen Falle die Zurücknahme nebst ihrer gesetzlichen Kostenfolge äußerlich in Vertragsform gebracht wird, so ist damit sicher kein Vergleich, auch nur über die Prozeßkosten zu Stande gekommen. Es ist dabei ganz gleichgültig, ob man den Begriff des Vergleiches hier, mit dem jetzigen Beschwerdeführer, dem Sächsischen B. G. B. § 1409 entnimmt, oder ob man es für richtiger hält, der Prozeßgesetzgebung des Reiches einen für das ganze Reichsgebiet einheitlichen Vergleichsbegriff unterzulegen. Auch der letztere, für den es dann an einer ausdrücklichen gesetzlichen Definition fehlen würde, könnte nach dem allgemeinen Sprachgebrauche im Wesentlichen kein anderer sein, als der des erwähnten § 1409: „der Vertrag, durch welchen Mehrere ein zwischen ihnen streitiges oder sonst zweifelhaftes Rechtsverhältniß durch gegenseitiges Nachgeben zu einem unbestrittenen und unzweifelhaften machen“. Es ist nun nicht abzusehen, worin das Nachgeben des Bekl. in Ansehung des Kostenpunktes bestehen sollte, wenn er sich damit einverstanden erklärt, daß der Kl. die ganzen Prozeßkosten übernehme. Hiermit erlangt der Bekl. Alles, was er äußerstenfalls begehren kann, und wenn man etwa seine Gegenleistung darin finden wollte, daß seine Zustimmungserklärung auszulegen sei als Verzicht auf das ihm nach § 243 Abs. 3 der C. P. O. zustehende Recht auf Verurtheilung des Kl. in die Kosten anzutragen und sich dadurch einen zur Zwangs-

vollstreckung geeigneten Tit. zu verschaffen, so würde man auch damit nicht weiter kommen; denn, wäre aus diesem Grunde der Vorgang als Vergleich aufzufassen, so würde der Bekl. dadurch ja dennoch nach § 702 Nr. 1 der C. P. O. einen zur Zwangsvollstreckung geeigneten Tit. erlangen, und zwar mindestens mit nicht geringerer Steigerung der Kostenlast für den Kl., als wenn er durch seinen Antrag das in § 243 Abs. 3 der C. P. O. vorgesehene Urtheil erwirkte. Eben darin wäre es aber auch ganz grundlos, in der Zustimmungserklärung des Bekl. jenen Verzicht zu finden; überdies wäre es auch gerade mit der erwähnten Bestimmung des § 243 der C. P. O. kaum vereinbar, insofern sie sich nach dem ganzen Zusammenhange dieses Paragraphen doch offenbar auch auf solche Fälle beziehen soll, wo die Zurücknahme der Klage erst nach dem Beginne der mündlichen Verhandlung des Bekl. zur Hauptsache erfolgt, in welchen Fällen diese Zurücknahme gar nicht ohne Einwilligung des Bekl. geschehen kann. VI. C. S. i. S. Hartmann c. Saalfeld u. Co. vom 19. Januar 1888, B. Nr. 4/88 VI.

12. Der Kl. achtet sich dadurch für beschwert, daß das O. L. G. den erstinstanzlichen Kostenfestsetzungsbeschluß auf Beschwerde des Bekl. durch Herabsetzung der Vergleichsgebühr seines Anwalts auf die Hälfte (12 Mark) abgeändert hat. Er hält dies für ungerechtfertigt, weil nicht § 18, sondern § 13 Ziffer 3 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte zur Anwendung komme, da der von den Parteien geschlossene Vergleich außergerichtlich abgeschlossen und nach seinem Abschluß beim Gericht zur Anzeige gebracht worden sei. Diese Beschwerde ist unbegründet. Wenn die Gebührenordnung die Gebühr für die „vor Gericht abgeschlossenen“ Vergleiche auf die Hälfte der allgemeinen Vergleichsgebühr bestimmt, so bezeichnet sie mit ersterem Ausdruck diejenige Art der Vergleiche, denen die Prozeßgesetze gerade als gerichtlichen spezifische Wirkungen beilegen, namentlich die Wirkung, daß sie gleich dem Urtheil den Rechtsstreit formell beendigen und gleich demselben ohne Weiteres vollstreckbar sind (§ 702 Ziffer 1 der C. P. O.). Diese Eigenschaft kann aber dem hier von den Parteien in der mündlichen Verhandlung zu Protokoll erklärten Vergleich nicht abgesprochen werden, auch wenn man mit dem vorigen Richter annehmen will, daß sich die Parteien über denselben schon vorher verständigt hatten. III. C. S. i. S. Zangi c. Speitel vom 27. Januar 1888, B. Nr. 6/88 III.

13. Das R. G. hat sich schon mehrfach dahin ausgesprochen, daß der § 13 Nr. 4 Gebührenordnung in seinem den Gebührensatz für die Vertretung in einem Beweisverfahren regelnden Theile ein besonderes Beweisaufnahmeverfahren im Sinne des § 323 C. P. O. voraussetze, welches durch Beweisbeschluß angeordnet und demnächst in einer der in §§ 326—335 C. P. O. verordneten Weisen aufgenommen sei. Im vorliegenden Falle sind öffentliche Urkunden auf Antrag der Parteien vom Gerichte eingefordert und ist über deren Inhalt in einem weiteren Termine verhandelt worden. Ein Beweisbeschluß, worin die betreffenden Thatsachen und Beweismittel hervorgehoben wären, ist nicht gefaßt und ein auf der Grundlage solchen Beschlusses vorgenommenes Beweisverfahren nicht eingeleitet worden. Somit liegen die wesentlichen Voraussetzungen für die Anrechnung einer Beweisgebühr nach § 13 Nr. 4 und § 19 Gebührenordnung hier nicht vor. III. C. S. i. S. Stern c. Völp vom 24. Januar 1888, B. Nr. 126/87 III.

II. Das Wechselrecht.

14. Nach der konstanten Judikatur des vormaligen R. O. H. G. — vergl. Entscheidungen Bd. 14 pag. 225 seq. und Bd. 19 pag. 251 seq. —, der nur beigepflichtet werden kann, hat der Begriff des Gefälligkeitsacceptsgiros unter Kaufleuten die allgemein übliche Bedeutung, daß die bezügliche Wechselverpflichtung aus bloßer Gefälligkeit gegen einen Anderen, um demselben Kredit zu verschaffen, eingegangen sei, und daß dieser Andere dagegen, — sei es ausdrücklich oder stillschweigend — die Verpflichtung übernommen habe, dem sich für ihn wechselmäßig Verpflichtenden bis zum Verfalle Deckung zu gewähren, oder den Wechsel seinerseits einzulösen. II. C. S. i. S. Bange c. Lesemeister vom 17. Januar 1888, Nr. 243/87 II.

III. Das Handelsrecht.

15. Allerdings läßt sich die Beförderung von Briefen nur unter das in Art. 272 des H. G. B. sub 3, aufgeführte Geschäft des Frachtführers subsumiren, welches in Art. 390 des H. G. B. dahin definirt wird, daß derselbe gewerbsmäßig den Transport von Gütern (zu Lande oder auf Flüssen und Binnengewässern) ausführt. Es ist nur behauptet, daß der Begriff „Güter“ im Handel einen zum Umsatze brauchbaren Gegenstand mit einem gewissen wirthschaftlichen Werthe voraussetze und daß daher Briefe, denen nur eine subjektive Bedeutung durch die Beziehungen unter den Betheiligten beiwohne, nicht zu den Gütern zu nehmen seien, so daß die Frage, ob ihre Beförderung ein Frachtgeschäft und ob der Inhaber einer Privatbriefpost Kaufmann sei, verneint werden müsse. Vergl. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, II. Ausgabe, Bd. I S. 400, 617 und 626 und Keyßner, Handelsrecht, S. 437. Mit Recht hat aber die Mehrzahl der Rechtslehrer, welcher auch das R. G. sich angeschlossen hat, sich für die entgegengesetzte Ansicht ausgesprochen. Vergl. Thöl, Handelsrecht, Bd. 3 S. 3, Schott in Endemann's Handbuch, Bd. 3 S. 291, Eger, das Frachtgeschäft, Bd. I S. 24, Puchelt in seinem Kommentar (2. Auflage) in Anmerkung 1 zu Art. 390 und Anschütz und Völderndorff's Kommentar, Bd. I S. 40. Zwar ist zuzugeben, daß nach dem gemeinen Sprachgebrauche gewöhnliche Briefe — im Gegensatze von sogenannten Geldbriefen, das heißt Geldsendungen in Briefform, deren Beförderung schon das R. O. H. G. (vergl. Entsch. Bd. 12 S. 315 und Bd. 17 S. 127) mit Recht, selbst wenn der Staat sie durch die Post betreibt, als Frachtgeschäft aufgefaßt hat — unter „Gütern“ oder „Frachtgütern“ nicht mitverstanden zu werden pflegen. Allein auch der vom H. G. B. aufgestellte Begriff des „Frachtführers“ entspricht keiner der verschiedenen Bedeutungen, welche der gewöhnliche Sprachgebrauch dem Worte Frachtführer beilegt, und wie es deshalb unzulässig ist, diesen Sprachgebrauch für die Interpretation des Art. 390 des H. G. B. zu verwenden (vergl. v. Hahn's Kommentar, 2. Auflage, Bd. 2 S. 572), so muß dasselbe von dem im gewöhnlichen Leben mit dem Worte „Güter“ verbundenen Begriffe gelten. In Ermangelung jeder näheren Beschränkung und Begrenzung dieses Begriffes im Art. 390 des H. G. B. erscheint vielmehr eine auf die wirthschaftliche Bedeutung der den Gegenstand des Transports bildenden Sachen gegründete Unterscheidung als ungerechtfertigt und sind daher unter „Gütern“

alle transportable Sachen, auch solche, welche einen objektiven Vermögenswerth nicht besitzen, zu verstehen, so daß darunter auch alle „Briefe“ fallen. Die Richtigkeit dieser Schlußfolgerung in Betreff der Briefe hat zwar das vormalige R. O. H. G. nach Lage der damals zu entscheidenden Sachen dahingestellt lassen können und sich in Folge dessen darüber nicht ausgesprochen. Vergl. Entsch. Bd. 12 S. 316 und Bd. 23 S. 17. Daß aber im Uebrigen in Art. 390 des H. G. B. mit dem Transporte von „Gütern“ alle transportablen Sachen im Gegensatze zu dem Transporte von „Personen“ bezeichnet seien, hat auch das R. O. H. G. (vergl. Entsch. Bd. 13 S. 133/34) bereits bestimmt anerkannt und diese Auffassung des Begriffes „Güter“ findet ihre Bestätigung darin, daß auch in Art. 271 Ziffer 4 und und Art. 272 Ziffer 3 des H. G. B. dieselbe Unterscheidung zwischen „Gütern“ einerseits und „Reisenden“ resp. „Personen“ andererseits gemacht wird. Ebenso betrachtet auch v. Hahn (a. a. O. S. 575) den Ausdruck „Güter“ in Art. 390 des H. G. B. als gleichbedeutend mit „Sachen“ und bemerkt dabei mit Recht, es sei, um das Frachtgeschäft zum Handelsgeschäft zu machen, nicht erforderlich, daß das Frachtgut Handelsgut sei. Denn unzweifelhaft fällt z. B. auch der Transport gebrauchter Möbel für einen Privatmann, wenn er gewerbsmäßig betrieben wird, unter das Frachtgeschäft, wie denn auch beim Frachtvertrage auf Seiten des Absenders die Eigenschaft eines Kaufmannes überall nicht vorausgesetzt wird. Daß für die den Gegenstand des Frachtgeschäfts bildenden Güter nicht die Eigenschaft von Handelsgut erforderlich ist, ergiebt sich auch aus der Bestimmung im Abs. 4 des Art. 396 des H. G. B., nach welcher der Berechnung des vom Frachtführer wegen Verlustes oder Beschädigung zu leistenden Schadensersatzes, wenn das Gut keinen Handelswerth hat, der gemeine Werth des Gutes zum Grunde zu legen ist. Obwohl es hiernach beim Frachtvertrage nicht auf die wirthschaftliche Bedeutung des Frachtgutes, sondern nur auf dessen Transportabilität ankommt, so steht übrigens auch bei der Ausführung des Transportes von Briefen, selbst wenn diese nur Mittheilungen von Gedanken, Thatsachen oder Willenserklärungen enthalten, sehr häufig ein ökonomischer — und oft ein sehr großer — Werth in Frage, was in dem Gesetze über das Postwesen des Deutschen Reiches vom 28. Oktober 1871 (§ 6 sub II und § 10) dadurch anerkannt wird, daß im Falle des Verlustes rekommandirter Sendungen — gleichviel ob sie in Packeten oder Briefen bestehen — von der Post ein gesetzlich fixirter Betrag als Schadensersatz zu zahlen ist. Nach Art. 379 des H. G. B. besteht auch die Thätigkeit des Spediteurs darin, daß er (in eigenem Namen für fremde Rechnung) Güterversendungen durch Frachtführer oder Schiffer zu besorgen übernimmt. Gleichwohl hat schon das R. O. H. G. (vergl. Entscheidungen Bd. 4 S. 134 folg. und Bd. 12 S. 213 folg.) mit Recht auch das Geschäft eines Annoncenbüreaus, insoweit es in der Vermittelung der Insertion von Annoncen in die ihnen zu diesem Zwecke aufgegebenen Zeitungen besteht, als dasjenige eines Spediteurs aufgefaßt und nach den handelsrechtlichen Grundsätzen von der Spedition beurtheilt. Auch bei diesem Geschäfte handelt es sich aber im Wesentlichen (gleichwie bei der Beförderung von Briefen) nur um den Transport von Nachrichten, welche an das versandte körperliche Substrat geknüpft sind, und es ist kein Grund ersichtlich, den Begriff „Güter“ bei dem Frachtgeschäfte in einem anderen Sinne aufzufassen, als bei dem Speditionsgeschäfte. Daß allerdings verschiedene Bestimmungen des vom Frachtgeschäfte handelnden II. Tit. des IV. Buches des H. G. B. auf den Transport von Briefen nicht oder nur gezwungen anwendbar sind, ist für den Begriff „Frachtführer“ und „Güter“ ebensowenig entscheidend, wie der Umstand, daß es sich nach § 1 des oben angezogenen Gesetzes über das Postwesen bei dem Geschäfte der „Hammonia“ nur um die Beförderung von Lokalbriefen handeln kann, nicht um die Briefbeförderung von einer Ortschaft zur anderen. Denn obwohl verschiedene Bestimmungen des H. G. B. in Betreff des Frachtgeschäftes zunächst auf die letztere berechnet sind, so rechtfertigt dies doch nicht eine einschränkende Auslegung der in Art. 390 des H. G. B. in größter Allgemeinheit aufgestellten Definition des Frachtführers, welche auf den Lokalverkehr paßt. Vergl. Entscheidungen des R. O. H. G. Bd. 12 S. 196 fg., von Hahn, a. a. O. S. 573 und Anschütz & Völderndorff's Kommentar Bd. 3 S. 427. Aus den Motiven zu dem, dem Art. 390 des H. G. B. zum Grunde liegenden Art. 306 des Preußischen Entwurfs sowie aus den über denselben in erster und zweiter Lesung stattgefundenen Verhandlungen der Kommission läßt sich über die Frage, ob die Beförderung von Briefen unter das Frachtgeschäft falle, Nichts entnehmen. Bei der dritten Lesung aber ist im Verlaufe der Berathungen über die zu Art. 394 des Entwurfes (des jetzigen Art. 421 des H. G. B.) erhobenen Monita, welche bezweckten, daß das H. G. B. auf die Post keine Anwendung finden solle, die anscheinend ohne Widerspruch gebliebene Bemerkung gemacht, daß bei der zutreffenden Entscheidung der Briefpostverkehr „selbstverständlich“ gar nicht in Betracht komme (vergl. Protokolle S. 5051). Man muß hiernach allerdings annehmen, daß die Verfasser des H. G. B. davon ausgegangen sind, die Post sei bei der Briefbeförderung nicht als Frachtführer anzusehen. Allein abgesehen davon, ob dieser Auffassung dem Gesetze gegenüber überhaupt eine durchschlagende Bedeutung beizulegen wäre, ergiebt sich aus dem ganzen Zusammenhange, daß man damals immer nur staatliche Postanstalten vor Augen hatte, während man an die Möglichkeit, daß sich Privatbriefposten bilden könnten, noch gar nicht gedacht zu haben scheint. Nur um die Frage, ob der Betrieb einer Privatbriefpost ein Handelsgeschäft sei, handelt es sich aber im vorliegenden Falle und hierfür läßt sich die angeführte Thatsache aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes jedenfalls nicht verwerthen. I. C. S. i. S. Beig c. Lengemann vom 26. November 1887, Nr. 275/87 I.

IV. Sonstige Reichsgesetze.

Zur Kaiserlichen Verordnung wegen Verhütung des Zusammenstoßes von Schiffen auf See vom 7. Januar 1880.

16. Der B. R. argumentirt folgendermaßen. Art. 13 der Kaiserlichen Verordnung gebietet, bei Nebel mit mäßiger Geschwindigkeit zu fahren. Die Fahrt muß so verlangsamt werden, daß die Ausführung der Vorschriften des Art. 18 möglich bleibt. Der Schiffsführer „muß die Geschwindigkeit des Schiffs bemessen nach der Größe der Entfernung, auf welche ihm in Ansehung des herrschenden Nebels ein Hinderniß seiner Fahrt in

Sicht kommen kann." Daß nach diesem Prinzip die Geschwindigkeit unter Umständen soweit herabgesetzt werden muß, daß dadurch die Manövrirfähigkeit verloren geht, spricht nicht gegen die Richtigkeit des Prinzips. Tritt dieser Fall ein, so muß das Schiff, wenn nicht dringende Gründe zwingen, in Fahrt zu bleiben, die Fahrt einstellen und Klärung des Wetters abwarten, indem es entweder vor Anker geht, oder manövrirfähig unter Volldampf liegen bleibt, beziehungsweise gegen die Strömung sich hält. Dies Alles hat die P. (das eine Schiff) nicht gethan. Sie hat vielmehr im Wasser sich mit 3 bis 4 Knoten Geschwindigkeit bewegt, also unter Hinzurechnung der Strömung mehr als 6 Knoten über Grund sich fortbewegt. Darum war sie auch nicht im Stande, als sie das Ankerlicht erblickte, d. h. das am Fockmast befestigte, durch Stoppen und Zurückgehen den Zusammenstoß zu vermeiden. Das R. G. muß das aufgestellte und eingehend begründete Prinzip als völlig richtig anerkennen und tritt insbesondere auch der Ausführung über die „verbreitete Mißachtung der als unabweisliche Konsequenz aus den Vorschriften des internationalen Seestraßenrechts sich jeder verständigen Einsicht aufdrängenden Vorsicht" und über die gedankenlose Befolgung einer Unsitte, deren Gefährlichkeit und Gesetzwidrigkeit jedem Schiffsführer einleuchten muß, im Gegensatz zu einer „gutgläubig befolgten Praxis" bei. Diese Ausführungen stehen auch nicht in Widerspruch mit früheren Entscheidungen des R. G. Uebrigens ist zu bemerken, daß das gleiche Resultat sich auch aus Art. 24 der Kaiserlichen Verordnung gewinnen läßt. Auch in der Anwendung des Prinzips auf den vorliegenden Fall ist kein rechtsgrundsätzlicher Verstoß enthalten. Namentlich ist dadurch, daß der B. R. den Moment, wo das vordere Licht gesehen wurde, als den maßgebenden auffaßt, eine feste Grundlage gegeben. In diesem Augenblick erkannte der Kapitain der P. die wahre Sachlage und der eigenen Auffassung der Bekl. nach war er erst in diesem Augenblick dazu im Stande. Alles vorher Vorgenommene kann daher unberücksichtigt bleiben. Rechtlich begründet ist auch die Ausführung, daß die Frage, ob die V. sich einen Verstoß habe zu Schulden kommen lassen, nur insofern in Betracht kommen kann, als durch das betreffende Verfahren die P. exkulpirt wurde. Die Mitschuld der V. aber ist hier, wo es sich nur um die Ansprüche der Ladungsinteressenten handelt, gleichgültig. I. C. S. i. S. Hamb. Südamerik. D. Sch. Ges. c. Neue V. Assek. Ges. vom 22. Oktober 1887, Nr. 226/87 I.

V. **Das Gemeine Recht.**

17. Hat der andere Vertragstheil die Bedingung des Stipulanten in dessen Sinn aufgefaßt, hat also zwischen beiden Uebereinstimmung bestanden, so ist für Anwendung der in l. 38 § 18 und l. 99 D. V. O. (45,1) enthaltenen Auslegungsregeln, wonach bei dunkeln Ausdrücken die Auslegung gegen den Stipulanten Platz zu greifen hat, kein Raum vorhanden. I. C. S. i. S. Finanz-Deput. Hamburg c. Siegler vom 9. Januar 1888, Nr. 265/87 I.

18. Kl. stützt auf die Zuwiderhandlung des Bekl. gegen das Uebereinkommen seinen Schadensersatzanspruch; ihm obliegt daher der Beweis zunächst des von ihm behaupteten Vertragsinhaltes vgl. u. A. Entscheidungen des R. G. Bd. IX S. 339. Dies ist auch dann der Fall, wenn Kl. behauptet, der Vertrag sei bedingungslos abgeschlossen, während Bekl. den Abschluß unter einer Bedingung geltend macht: vgl. Entscheidungen des R. G. Bd. XVIII. S. 158. Der § 229 Thl. I. Tit. 5 A. L. R., auf welchen Rkl. sich stützt, steht solcher Auffassung nicht entgegen; die Bedeutung dieses Paragraphen liegt auf einem anderen Gebiete. VI. C. S. i. S. Mögelin c. Angerer vom 9. Januar 1888, Nr. 268/87 VI.

19. Ob und unter welchen Voraussetzungen ein Irrthum über eine Eigenschaft einer individuell bestimmten Sache den Vertrag ungültig mache, ist streitig. Es ist der von Savigny (System Bd. 3 S. 276 ff.) **vertretenen und herrschenden Ansicht** beizutreten, wonach der Irrthum über eine Eigenschaft einer individuell bestimmten Sache als ein wesentlicher anzusehen ist, wenn durch die irrig vorausgesetzte Eigenschaft, nach dem im wirklichen Verkehre herrschenden Begriffe, die Sache zu einer anderen Art von Sachen gerechnet werden müßte, als wozu sie wirklich gehört. III. C. S. i. S. Reil c. Hoppe vom 10. Januar 1888, Nr. 218/87 III.

20. Geht man davon aus, daß Veräußerungen, welche von Jemanden in der dolosen Absicht gemacht sind, das einem Anderen eingeräumte vertragsmäßige Erbrecht materiell zu vereiteln, so ist auch ein vor dem formellen Abschluß des Vertrages liegender dolus im Prinzip der Anfechtung nicht verschlossen und insbesondere dann nicht, wenn der eingesetzte Vertragserbe sich erkennbar nur mit Rücksicht auf den materiellen Werth des ihm eingeräumten resp. in Aussicht gestellten Erbrechts zu gewissen Gegenleistungen an den Erblasser verstanden hat. Die getroffene Entscheidung ist aber gleichwohl gerechtfertigt. III. C. S. i. S. gräfl. Rantzausches Präbendenstift c. Kemnade vom 10. Januar 1888.

21. Die Klage ist auf Rescission des vom Kl. als Käufer mit dem Bekl. als Verkäufer abgeschlossenen Vertrags gerichtet und wird vom Kl. darauf gegründet, daß ihm der Bekl. wider besseres Wissen versichert habe, sein den Gegenstand des Verkaufs bildendes Mühlengut halte 50 Acker, während es in Wirklichkeit nur etwa 40 Acker umfasse. Der B. R. hat die Klage zurückgewiesen, weil, wenn auch das vom Kl. behauptete betrügliche Verhalten seines Mitkontrahenten die actio doli begründen würde, doch nicht die Aufhebung des ganzen Geschäfts gefordert werden könne, da anzunehmen sei, daß dem klägerischen Interesse durch Herabminderung des Kaufpreises volles Genüge geschehe. Dem Rechtsstandpunkt, auf welchen der B. R. mit dieser Ausführung sich gestellt hat, muß beigetreten werden. Die Rescissibilität eines Rechtsgeschäfts wegen dolus ist begründet, wenn der Betrogene durch den Betrug zum Abschluß des Geschäfts verleitet wurde, oder wenn überhaupt die Wiederaufhebung der durch den Betrug für ihn geschaffenen Lage die Rescission des Geschäfts nothwendig erfordert; wogegen wenn, wie im vorliegenden Falle, der Betrug nur den Meßgehalt des Kaufobjekts betrifft und dem Interesse des Betrogenen durch Minderung des Kaufschillings entsprochen wird, die bloße Schadensersatzklage zu Gebot steht. Zwar ist Dernburg, Pandekten Bd. 1 § 104 Note 8, der Meinung, daß der Betrogene nach seiner Wahl entweder die Rescissions- oder die Differenz-(Schadensersatz-)Klage anzustellen berechtigt sei. Aber dieses Wahlrecht kann nicht aus den von Dernburg in Bezug genommenen Quellenstellen l. 11 § 5 und l. 13 § 4 Dig. 19, 1 abgeleitet werden, welche Stellen auf wesentlich verschiedene Fälle sich beziehen und nur deshalb das

eine Mal die Rescission des Geschäfts, das andere Mal den einfachen Ersatz des Schadens als Folge des Betruges hinstellen; anderdem würde jene Wahlbefugniß gegen das in l. 13 § 2 Dig. 19, 1 und in verschiedenen anderen Gesetzesstellen sanktionirte Grundprinzip verstoßen, daß der Betrogene mehr nicht zu beanspruchen habe als: quanti interfuit non decipi, d. i. die Beseitigung der ihm durch den Betrug zugefügten Nachtheile. III. C. S. i. S. Haeberlein c. Heinold vom 10. Januar 1888, Nr. 228/87 III.

22. Das beneficium competentiae bewirkt keine Befreiung von der Schuld. Es wird für denjenigen, in dessen Person die subjektiven und objektiven Voraussetzungen des beneficium competentiae zusammentreffen durch dies beneficium nur ein Aufschub seiner Zahlungsverbindlichkeit herbeigeführt. Der Gläubiger kann ihn nicht eher belangen, als bis die objektive Voraussetzung dieser Rechtswohlthat, die Bedürftigkeit des Schuldners, weggefallen ist. Zahlt der Schuldner, trotzdem er in der Lage gewesen wäre, sich auf das beneficium competentiae berufen zu können, so tilgt er eine wirklich bestehende Schuld, aber eine Schuld, welche er schon jetzt zu bezahlen nicht verpflichtet war oder mit anderen Worten er zahlt eine noch nicht fällige Schuld. In der Zahlung einer solchen liegt aber keine unentgeltliche Verfügung im Sinne des § 25 Ziffer 1 der K. K. O. Denn abgesehen davon, daß derjenige, welcher eine noch nicht fällige Schuld zahlt, als Entgelt die Befreiung von der Schuld erlangt, so müssen auch dieselben Gründe, welche für das R. G. bestimmt gewesen sind, der freiwilligen Bestellung eines Pfandrechts für eine bestehende eigene Schuld den Charakter einer unentgeltlichen Verfügung abzusprechen (Vergl. Entscheidungen des R. G. Bd. VI S. 85, Bd. IX S. 100 und Seufferts Archiv Bd. 38 Nr. 296), dahin führen, auch die vorzeitige Zahlung einer nicht fälligen Schuld als nicht unter diesen Begriff fallend anzusehen. Wäre nämlich die Zahlung einer nicht fälligen Schuld beziehungsweise die Zahlung einer Schuld trotz des dem Zahlenden zustehenden beneficium competentiae als eine unentgeltliche Verfügung aufzufassen, so würde jede solche Zahlung, da es dabei auf die mala oder bona fides des Empfängers nicht ankommt, der Anfechtung unterliegen, insofern sie nur innerhalb des letzten Jahres vor der Eröffnung des Konkurses erfolgt ist. Damit würde man aber in unlöslichen Widerspruch mit dem § 23 Ziffer 2 der K. K. O. gerathen, wonach die nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage oder in den letzten zehn Tagen vor diesem Zeitpunkte geleistete vorzeitige Zahlung unanfechtbar sein soll, wenn der Empfänger der Zahlung den ihm in § 23 Ziffer 2 nachgelassenen Beweis erbringt. III. C. S. i. S. Peters c. Peters Konk. vom 10. Januar 1888 Nr. 191/87 III.

23. Es ist zunächst geltend gemacht, das Familienfideikommiß sei kein gemeinrechtliches Institut; es hätte daher der B. R. nicht von einer gemeinschaftlichen Doktrin über Fideikommisse ausgehen dürfen, sondern vor Allem feststellen müssen, ob und wann in Neu-Vorpommern das genannte Institut sich ins Rechtsleben eingeführt und wie es sich in diesem Landestheil gestaltet hat. Der Bekl. beruft sich für den von ihm aufgestellten Satz auf Stobbe, Deutsches Privatrecht Bd. II § 138. Allein, wenn dieser Rechtslehrer a. a. O. not. 12 auch sich dahin ausspricht: „er bezweifele, daß man mit Gerber Abhandlungen I S. 127 und den meisten anderen Schriftstellern das Familienfideikommiß als ein Institut des gemeinen Rechts, welches auf gemeinem Gewohnheitsrecht beruhe, bezeichnen dürfe, daß es vielmehr zu seiner Anwendung einer besonderen Anerkennung im Partikularrecht, sei es in einem Gesetz, sei es in einem Gewohnheitsrecht, bedürfe," so ergiebt doch die Darstellung bei Stobbe selbst, daß auch dieser Schriftsteller annimmt, daß da, wo die Zulässigkeit der Errichtung von Familienfideikommissen anerkannt ist, gewisse allgemeine Grundsätze, wie sie durch Gewohnheit und Doktrin aus dem Begriffe des Familienfideikommisses sich entwickelten, allseitige Anerkennung gefunden haben. III. C. S. i. S. Sand c. Köhler vom 13. Januar 1888, Nr. 232/87 III.

VI. **Das Preußische Allgemeine Landrecht.**

25. Die Zahlungsfähigkeit ist eine Eigenschaft einer Person — wie das R. G. bereits in dem Urtheil IV. 43/85 vom 21. Mai ausgesprochen hat — und zwar bei Geschäften, bei welchen dem Zahlungsunfähigen kreditirt wurde, eine gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft. I. C. S. i. S. Poppe c. Werther vom 18. Januar 1888, Nr. 355/87 I.

25. Nach § 28 Thl. I Tit. 8 des A. L. R. besteht die Chikane ihrem Wesen nach in der Absicht der Kränkung eines Anderen, also in einem subjektiven Momente, und sie wird daher keineswegs immer dann anzunehmen sein, wenn der Betreffende sein Eigenthumsrecht zur Abwehr einer objektiv berechtigten Handlung geltend macht, vielmehr wird in Betracht kommen, ob der Betreffende die abzuwehrende Handlung für eine berechtigte hält, und demgemäß bei der Abwägung, ob ein bestimmter Gebrauch des Eigenthums sich als ein Mißbrauch darstelle, nur das Bewußtsein des Abwehrenden von der Gesetzmäßigkeit der ihm entgegenstehenden Handlung überhaupt ins Gewicht fallen können. Aber auch wenn davon ausgegangen wird, das B. G. hätte Chikane auf Seiten des Bekl. gefunden, wenn ihm der Neubau der Kl. vorschriftsmäßig erschienen wäre, so könnte sich der Angriff der Kl. doch nicht als erfolgreich erweisen, weil die Ausführung des B. G. Zustimmung verdient, daß, falls nur der untere Theil der Wand unmittelbar an des Nachbars Hof oder Garten stößt, die Anwendung des § 138 I 8 nicht ausgeschlossen wird, wenn die Wand mehr in der Höhe, wo die Fenster sich befinden, etwas zurückgezogen ist. Es entspricht dies nicht allein der Rechtsprechung des vormaligen Preußischen Obertribunals (vergleiche Entscheidungen Bd. 68 S. 357, Striethorst Archiv Bd. 58 S. 335), sondern auch dem Wortlaut des § 138 wie der Absicht dieser Vorschrift, die unmittelbare Einwirkung der Hausbewohner auf des Nachbars Hof oder Garten zu verhindern. V. C. S. i. S. Lichtee c. Sattelmacher vom 11. Januar 1888, Nr. 261/87 V.

26. Ein Nießbrauchsrecht am Nachlasse oder an einem aliquoten Theile des Nachlasses kann auch in der Art angeordnet werden, daß der Nießbrauchsberechtigte nicht in die Stellung des Fiduziars tritt. Und daraus, daß nach § 466 Thl. I Tit. 12 A. L. R. der eingesetzte Erbe so lange, bis der Substitutionsfall eintritt, alle Rechte und Pflichten eines Nießbrauchers haben soll, ist nicht zu entnehmen, daß derjenige, welchem der Erblasser den Nießbrauch an der Erbschaft oder an einem Theile derselben zuwendet, damit zum Fiduziarerben ernannt sei. Ebensowenig nöthigt die vom Erblasser seiner Ehe-

frau in dem Testamente eingeräumte Verwaltungs- und Vertretungsbefugniß und die Anordnung, daß die Ehefrau über den Nachlaß so frei verfügen könne, als ob sie Eigenthümerin desselben wäre, dazu, die Wittwe als Fiduziarerbin aufzufassen. Die in Frage stehenden Anordnungen sind auch ohne die Absicht, die Wittwe zur Fiduziarerbin zu machen, denkbar. Die vom Erblasser getroffenen Anordnungen können also auch ohne die Annahme einer auf fideikommissarische Substitution gerichteten Absicht rechtlich bestehen. IV. C. S. i. S. Schumann c. Schumann vom 19. Januar 1888, Nr. 375/87 IV.

27. Das B. G. verkennt nicht daß der die Tilgung einer Forderung Einwendende beweisen müsse, daß der Tilgungsakt sich auf diese Forderung bezogen habe. Aber es wird angenommen, daß diese Tilgungsabsicht nicht bloß ausdrücklich erklärt werden müsse, sondern auch aus den Umständen gefolgert werden könne, daß demzufolge, wenn unter den Parteien feststeht, daß der Gläubiger an den Schuldner nur eine oder mehrere bestimmte Forderungen hat, ein dem Betrage derselben entsprechender Tilgungsakt als Tilgung derselben ohne Weiteres anzusehen sei und demzufolge dem Gläubiger der Nachweis der angeblichen, von dem Schuldner bestrittenen anderen Forderung obliege. Diese Grundsätze sind als richtig anzuerkennen und in Uebereinstimmung mit mehrfachen Entscheidungen des jetzt erkennenden Senats des R. G., namentlich dem von dem B. G. angeführten in den Beiträgen von Rassow und Küntzel Bd. 28 S. 936 abgedruckten Urtheil vom 26. Mai 1885. IV. C. S. i. S. Ratzek c. Mayer vom 19. Januar 1888, Nr. 266/87 IV.

28. Die Revision hat zunächst Verletzung der §§ 83 und 84 Thl. 1 Tit. 17 des A. L. R. gerügt. Diese Rüge ist nicht begründet. Mit Recht hat der B. R. die Bestimmung in dem zitirten § 83: daß bei Meinungsverschiedenheit der Interessenten über den Zeitpunkt der Theilung diese bis dahin verschoben werden müsse, wo sie „ohne Schaden der Sache" erfolgen könne, dahin verstanden, daß die Theilung keinen Schaden für die Substanz der Sache herbeiführen dürfe. Diese Bestimmung bezieht sich auf Fälle beabsichtigter Realtheilung der gemeinschaftlichen Sache und nicht, wie Kl. meint, auf Fälle eines für den Werth der Sache durch Erzielung eines zu geringen Verkaufserlöses zu befürchtenden Schadens. Es ergiebt sich dies, abgesehen vom Wortlaut, auch daraus, daß der gedachte Paragraph den Worten „ohne Schaden der Sache" hinzufügt: „und mit dem wenigsten Nachtheil für sämmtliche Interessenten," wodurch eine Berücksichtigung des für den Werth der Sache eintretenden Schadens, jedoch innerhalb der durch den Nachtheil für sämmtliche Interessenten gezogenen Grenzen, vorgeschrieben wird. Daß nun aber vorliegenden Falls ein Schaden letzterer Art mit der vom Bekl. beantragten jetzigen Versteigerung des gemeinschaftlichen Grundstücks nicht verbunden ist, hat der B. R. unter Berücksichtigung der in Betracht kommenden Umstände thatsächlich und darum unangreifbar dahin festgestellt: daß trotz der Belastung des Grundstücks mit dem Nießbrauch der Schwestern der Parteien die Versteigerung einen dem wahren Werth des Grundstücks gleichkommenden Erlös erbringen werde. Wenn demgegenüber vom Kl. geltend gemacht wird, es sei unter dem im § 83 erwähnten „Nachtheil" der Interessenten nicht allein der eigentliche Schaden, sondern auch der entgehende Gewinn zu verstehen, so erübrigt sich eine Erörterung über die Richtigkeit dieser Ansicht durch die weitere thatsächliche Erwägung des B. R., daß sich bei der Ungewißheit der Dauer des Nießbrauchs gar nicht beurtheilen lasse, ob nach Beendigung desselben ein vortheilhafterer Verkauf des Grundstücks in Aussicht stehe. Den zitirten § 84 hält der Kl. deshalb für verletzt, weil die Vorschrift: daß in der Regel derjenige Zeitpunkt für die Theilung abzuwarten sei, wo sich Nutzen und Lasten der gemeinschaftlichen Sache am füglichsten gegeneinander abwägen ließen, vom B. R. dahin aufgefaßt worden ist, daß aus gewichtigen Gründen, wie sie hier vorlägen, eine Ausnahme zu machen sei, während, nach Ansicht des Kl., die Worte „in der Regel" nur besagen sollten, daß gegentheilige gesetzliche Vorschriften oder vertragsmäßige Abmachungen eine Abweichung von dem in § 84 bezeichneten Zeitpunkt gestalten würden. Diese Ansicht des Kl. läßt sich jedoch aus dem Sprachgebrauch des A. L. nicht rechtfertigen; die Worte „in der Regel" sind im § 84 vielmehr dahin zu verstehen, daß möglichst ein Termin abzuwarten sei, in welchem sich am leichtesten der (periodische) Fruchtgenuß einerseits und die (periodischen) Lasten der Sache andererseits zum vorläufigen Abschluß bringen lassen (vergl. Bornemann, System, Bd. 4 § 248 Seite 18 Anm. 1). Daraus läßt sich also nicht ableiten, daß die Theilung eines mit einem wie hier lebenslänglichen Nießbrauch belasteten Grundstücks bis zum Wegfall des Nießbrauchs aufgeschoben werden müsse. V. C. S. i. S. Engel c. Engel vom 18. Januar 1888, Nr. 271/87 V.

29. Es handelt sich nach der Klagebehauptung nicht um eine Nachlaßschuld. Der Kl. ist nicht Nachlaßgläubiger, sondern er hat nur einen Theil des Nachlasses von den Erben gekauft. Es kann ein solcher Verkauf ein bloß präparatorischer Akt für die Theilung des Nachlasses sein, wodurch den wirklichen Nachlaßgläubigern Rechte über die im angezogenen § 127 I 17 gesteckte Grenze hinaus nicht erwachsen. Dem Käufer gegenüber haften die verkaufenden Erben wie jeder andere Verkäufer. Ihre Bezeichnung als Erben hat keine weitere rechtliche Bedeutung für die Folgen des geschlossenen Vertrages und bestimmt nur die Personen, welche als Verkäufer handeln unter einer Gesammtbenennung. Die verkaufenden Erben vertreten in solchem Falle nicht den Erblasser, sondern haften in eigener Person für eigene Willensakte, und es fehlt nicht bloß an einer bestimmten Gesetzesvorschrift, sondern auch an jedem anderen Grunde, die Beschränkung des § 127 über den ihr dort gegebenen Bereich hinaus auszudehnen und die Anwendung der §§ 424 ff. Thl. I Tit. 5 des A. L. R. auszuschließen. V. C. S. i. S. Schmitz c. Heintzmann vom 7. Januar 1888, Nr. 251/87 V.

30. Das vormalige Preußische Obertribunal hat als Rechtssatz ausgesprochen und solchen in konstanter Praxis festgehalten, daß in Ehescheidungsprozessen der beklagte Theil, welcher sich bei der in I. J. erkannten Scheidung beruhige, gleichwohl gegen die zu seinem Nachtheile ausgefallene Entscheidung der Schuldfrage ein Rechtsmittel einlegen könne und daß alsdann der höhere Richter diese Frage völlig frei auch nach der Richtung hin, ob der vom Vorderrichter für durchgreifend erachtete Scheidungsgrund in der That vorliege, zu prüfen und die sich hieraus für die Abmessung der Schuld ergebenden Konsequenzen, unbehindert durch den unangefochten gebliebenen Theil des Vorderurtheils, zu ziehen habe. — (Entscheidungen des Obertribunals Bd. 38 S. 86 ff., Striethorst's Archiv Bd. 96 S. 72 ff.)

dieser wohl motivirten Praxis, welche durch die Vorschriften der C. P. O. in keiner Hinsicht berührt ist, hat sich das R. G. in mehreren Urtheilen angeschlossen (vergl. Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. 15 S. 289, und das in Gruchot's Beiträgen Bd. 30 S. 987 abgedruckte Urtheil vom 7. Januar 1886), und auch jetzt liegt keine Veranlassung vor, von derselben abzugehen. IV. C. S. i. S. Betkowski c. Betkowski vom 23. Januar 1888, Nr. 272/87 IV.

31. Ob Kl. die seiner Ehefrau zukommende Enteignungsentschädigung in eigenem Namen ohne Zuziehung der Ehefrau und ohne Bevollmächtigung von Seiten derselben einzuklagen befugt war, entscheidet sich nach den Grundsätzen des ehelichen Güterrechts, unter dessen Herrschaft die Ehe des Kl. steht. Nach der unwidersprochenen Angabe des Kl. lebt derselbe mit seiner Frau nach märkischem Ehegüterrecht. Dieses weicht in den hier in Frage kommenden Punkten von dem A. L. R. resp. der Allgemeinen Gerichtsordnung nicht wesentlich ab. (Vergl. Korn, Güterrecht und Erbrecht der Eheleute nach dem brandenburgischen Privatrecht Kap. VIII, XI, XIV.) Nach diesen Grundsätzen kommt es darauf an, ob das enteignete Grundstück zu dem eingebrachten oder dem vorbehaltenen Vermögen der Frau gehört. Ersteres ist anzunehmen, so lange nicht das Gegentheil erhellt. (§§ 208, 210 Tit. 1 Thl. II des A. L. R., Korn a. a. O. S. 58.) Bekl. hätte daher das Gegentheil nicht blos behaupten, sondern auch durch Angabe und Nachweis des Rechtsgeschäfts, durch welches das fragliche Grundstück die Eigenschaft des vorbehaltenen Vermögens erlangt habe, darthun müssen. Daß das fragliche Grundstück diese Eigenschaft gehabt, ist nicht festgestellt, ein prozessualischer Verstoß des B. R. in dieser Beziehung ist nicht gerügt und auch nicht ersichtlich. Gehörte aber, wie hiernach anzunehmen, das enteignete Grundstück Nr. 44 zu dem eingebrachten Vermögen der Ehefrau des Kl. so war der letztere kraft seines Verwaltungsrechts befugt, die Forderung seiner Ehefrau ohne deren Zuziehung geltend zu machen. (§§ 247, 233 Tit. 1 Thl. II des A. L. R., § 7 Tit. 2 Thl. I a. a. O., §§ 19, 23 Tit. 1 Thl. I der Allgemeinen Gerichtsordnung; vergl. Dernburg, Preußisches Privatrecht Bd. III § 30 not. 21; Korn a. a. O. S. 58.) Das Recht der Prozeßführung über Vermögensrechte der Frau ist ein materielles Recht des Ehemannes, und von der die Prozeßfähigkeit der Ehefrauen anerkennenden Bestimmung des § 51 Abs. 2 der C. P. O. unberührt geblieben. V. C. S. i. S. Stadt Berlin c. Elfert vom 14. Januar 1888, Nr. 269/87 V.

32. Daß auf das vor der Einführung des A. L. R. begründete Patronat die Vorschriften dieses Gesetzbuchs mit dessen Inkrafttreten in vollem Umfange anwendbar geworden sind, folgt, abgesehen von anderem, schon aus der Natur dieses Verhältnisses, als eines dem öffentlichen Rechte angehörigen und ist bisher niemals bezweifelt worden. In dieser Hinsicht ist es auch gleichgültig, ob das streitige Patronat durch Ersitzung oder einen anderen Rechtsgrund erworben ist. Denn daß mit ihm vor Einführung des A. L. R. Bauverpflichtungen nicht verknüpft waren, hatte in dem bis dahin geltenden objektiven Rechte und nicht, wie die Revision auszuführen versucht hat, in der besonderen Gestaltung des vorliegenden Falls, namentlich der Leistungsfreiheit während der Ersitzungszeit, seinen Grund, unterlag mithin ohne Weiteres der Abänderung durch ein abweichendes gesetzliches Recht. Von der Anwendbarkeit des Rechtsgrundsatzes: tantum praescriptum quantum possessum, auf welchen Seitens der Revision Bezug genommen ist, kann offenbar hier nicht die Rede sein. IV. C. S. i. S. Klosterschule zu Roßleben c. Kirchengemeinde Ziegelroda vom 16. Januar 1888, Nr. 357/87 IV.

VII. Sonstige Preußische Landesgesetze.

Zu den Beamtengesetzen insbesondere dem Gesetz vom 12. Mai 1873.

33. Der amtliche Wohnort (§ 3 des Preußisches Gesetzes vom 12. Mai 1873 betreffend die Gewährung von Wohnungsgeldzuschüssen an die unmittelbaren Staatsbeamten, Gesetzsammlung 1873 S. 209) oder dienstliche Wohnort (§ 4 des R. Ges. betreffend die Bewilligung von Wohnungsgeldzuschüssen an die Offiziere ꝛc., sowie an die Reichsbeamten vom 30. Juni 1873, R. Ges. Bl. 1873 S. 166) bestimmt sich nach dem Ort, an welchem die Behörde, bei welcher der Beamte eingestellt ist, ihren Sitz hat (vergleiche Laband Staatsrecht des Deutschen Reichs, 2. Aufl. Bd. I S. 481); darüber lassen die Materialien, namentlich die Motive der Regierungsvorlage keinen Zweifel, indem die Forderung des Wohnungsgeldzuschusses damit begründet wird, daß der Beamte in der Wahl seines Wohnorts nicht frei, sondern von dem Sitz seiner Dienstbehörde abhängig sei. Für den umgekehrten Fall, daß der Beamte thatsächlich nicht in dem Orte seines amtlichen Domizils, sondern in einer Vorstadt oder einem Nachbarort wohnt, steht daher auch, wie das Circular der Ministerien des Innern und der Finanzen vom 16. Mai 1873 anerkennt, dem Beamten, weil das Gesetz lediglich den amtlichen Wohnsitz im Auge hat, gleichwohl der Wohnungsgeldzuschuß für den Ort seines amtlichen Domizils zu. IV. C. S. i. S. Weingarten c. Fiskus vom 19. Januar 1888, Nr. 268/87 IV.

Zu den Grundbuchgesetzen.

34. Zwar hat die Lehre von der Hypothek des Eigenthümers in der Theorie und Praxis des Preußischen Rechts zu vielen Zweifeln und Kontroversen geführt, allein, soweit bekannt, ist unter der Herrschaft des Eigenthumsgesetzes vom 5. Mai 1872 niemals die Ansicht aufgestellt worden, daß der Grundstückseigenthümer zur Verfügung über eine getilgte Hypothekenpost auch dann berechtigt sei, wenn die Tilgung weder durch ihn noch in seinem Namen oder Interesse erfolgt ist, und am allerwenigsten hat, worauf es allein hier ankommt, jemals die Meinung Vertreter gefunden, daß im Falle der Korrealverpfändung jeder Grundstückseigenthümer ohne Rücksicht darauf, ob er oder der Besitzer eines mitverpfändeten Grundstücks oder ein Dritter die Tilgung bewirkt hat, auf Grund der vom Gläubiger ertheilten Quittung über die getilgte Post disponiren dürfe. Unbedenklich erscheint hiernach die Annahme des Vorderrichters, daß der Bekl. auch ohne Anstrengung der Aufmerksamkeit und bei nur gewöhnlichen Fähigkeiten die Nothwendigkeit der näheren Ermitteinng der Hypotheken- und Grundeigenthumsverhältnisse sowie der näheren Prüfung der Cessionsbefugniß des P. vor der Erklärung, es sei alles in Ordnung, erkennen mußte. VI. C. S. i. S. Schiinzigl c. Kunarski vom 16. Januar 1888, Nr. 275/87 VI.

VIII. Das Französische Recht (Badische Landrecht).

35. Der Pflegschaftsvertrag, von dem es sich handelt ist unbestritten im Gebiete des A. L. R. unter Betheiligten, welche demselben mit Rücksicht auf ihren Wohnsitz angehörten,

geschlossen, und, wie es der Absicht derselben entsprach, in diesem Gebiete in Vollzug gesetzt worden. Wenn nun später der Bekl. nach Bickendorf bei Cöln, in das Herrschaftsgebiet des c. c., verzogen ist, so kann dieser Umstand an dem so vertraglich begründeten Rechtszustande nichts ändern, und es hat das O. L. G. ohne Gesetzesverletzung angenommen, daß die Frage der Rechtsbeständigkeit jenes Vertrages nach den Vorschriften des Preußischen Rechts zu beurtheilen sei. Wenn das O. L. G. bei seiner bezüglichen Erwägung besonderes Gewicht darauf legt, daß die Kontrahenten bei Abschluß des Vertrages in dem zuerstgenannten Rechtsgebiete ihren Wohnsitz hatten, so ist dem zwar nicht beizupflichten, da es nach anerkannten Grundsätzen vielmehr auf den Ort, wo der Vertrag nach der Absicht der Kontrahenten erfüllt werden soll, entscheidend ankommt, indeß auch von diesem Ausgangspunkte aus gelangt man nach Vorstehendem zu der Annahme des O. L. G., so daß der hier erhobene Angriff versagen muß. II. C. S. i. S. Scheifgen c. Jansen vom 13. Januar 1888, Nr. 273/87 II.

36. Nach der unangegriffenen Feststellung, daß der Erblasser seinen Wohnsitz nach Berlin verlegt habe, auch daselbst der gesammte Nachlaß sich befinde, sowie auf Grund des Art. 110 des B. G. B. ist davon auszugehen, daß die Erbfolge in Berlin eröffnet worden ist. Aus Art. 110 und aus den das Erbrecht beherrschenden Grundsätzen folgt aber weiter, daß der Nachlaß nach dem preußischen Gesetze zu regeln und nach diesen die Vorfrage zu erledigen ist: welches Erbrecht dabei anzuwenden sei. Der Natur der Sache nach kann eine Erbschaft nur einheitlich geregelt und müssen daher die auf dieselben bezüglichen erbrechtlichen Fragen auf einer und derselben gesetzlichen Grundlage entschieden werden. Handelt es sich nun um eine im Inlande eröffnete Erbschaft eines Inländers, so hat Art. 110 cit. für Frankreich, in dessen Gebiet nur ein Erbrecht gilt und der Gerichtsstand der Erbschaft nach Art. 50, 59 c. proc. ein ausschließlicher ist, nur die Bedeutung, daß er das Prozeßrecht materiellrechtlich ergänzend, den Ort bestimmt, an welchem die Erbfolge als eröffnet zu gelten hat. Ist aber eine Erbschaft in Frage, welche im Inlande am Nachlasse eines Ausländers oder im Auslande am Nachlasse eines Inländers eröffnet worden, so ist für diese Fälle aus Art. 110 die Folgerung zu ziehen, daß die Erbfolge an demjenigen Orte eröffnet sei, wo der Erblasser seinen Wohnsitz hatte und daß dadurch das für die Ordnung der Erbschaft zuständige Gericht, welches zunächst sein Recht anzuwenden hat, bestimmt werde. Dem entsprechend wird auch in der französischen Rechtsprechung als entscheidender Grund für die Anwendung fremden Rechts die Thatsache hervorgehoben, daß die Erbschaft im Auslande eröffnet worden sei. Vergl. Kassationshof 21. Juni 1865; Sirey 65, I, 313, 27. April 1868, Sirey 1868, 1, 257; Urtheil des Hofs von Pau bei Sirey 75, 409. Zu dem gleichen Ergebnisse, daß das Recht desjenigen Landes, in dessen Gebiet die Erbfolge eröffnet worden, als die einheitliche Rechtsnorm anzuwenden sei, gelangt man auch abgesehen vom Art. 110 für solche Rechtsgebiete, in welchen der Gerichtsstand der Erbschaft kein ausschließlicher, sondern, wie nach § 28 der C. P. O., nur ein fakultativer ist, so daß das Erbrecht berührende Klagen, je nach dem Wohnsitze von Erben, Legatoren oder anderen Betheiligten bei verschiedenen Gerichten und zwar in Gebieten anhängig gemacht werden können, in welchen bezüglich der international-rechtlichen Frage, welches Erbschaftsgesetz anzuwenden sei, die Gesetze von einander abweichen. Wenn keine unlösbaren Verwickelungen entstehen sollen, so kann diese Frage nur nach einem und demselben Gesetze entschieden werden. Dies kann nur das Gesetz desjenigen Gerichtsbezirkes sein, in welchem der Nachlaß zu reguliren, das Vermögen festzustellen ist, die Erben zu laden sind und welches schließlich die Vertheilung vorzunehmen hat. Dieses Gericht ist aber dasjenige des Wohnsitzes des Erblassers, wie auch die Ausführungsgesetze (z. B. Preußen vom 28. März 1879 § 3, Bayern vom 23. Februar 1879 Art. 155, Hessen vom 4. Juni 1879 Art. 9 u. A.) ausdrücklich anerkennen und auch nach § 202 der K. K. O der Konkurs über eine Erbschaft bei dem Amtsgerichte zu eröffnen ist, bei welchem der Erblasser zur Zeit seines Todes seinen allgemeinen Gerichtsstand hatte. Auch die Motive zum § 28 der C. P. O. beruhen auf dieser Anschauung, indem dort gesagt wird: „Das Recht desselben (des letzten Wohnsitzes) ist für die Erben und Legatare allgemein maßgebend.“ Für den rheinischen Richter enthält der Art. 110 eine diesen allgemeinen Rechtsgrundsätzen entsprechende positive Vorschrift, wonach, wenn der Erblasser zwar seine Heimat im rheinischen, den Wohnsitz dagegen in einem anderen Rechtsgebiete hatte, die Gesetze dieses letzteren maßgebend sind. Diese Gesetzgebung ist aber, wie in einem Urtheile des Oberappellationsgerichts zu Lübeck vom 21. März 1861 (Seuffert, Archiv XIV Nr. 107) überzeugend dargethan wird, in ihrer Totalität anzuwenden, d. h., der Erbfall ganz ebenso zu beurtheilen, wie er von den an jenem Wohnorte bestehenden Gerichten würde beurtheilt werden müssen. Daß diese Ansicht, wie Labbé im journal de droit international privé von 1885 S. 5ff. ausführt, zu einem unlösbaren Zirkel führen müsse, ist nicht anzuerkennen; denn die Frage des internationalen Privatrechts ist nur einmal nach dem Gesetze des Wohnsitzes des Erblassers zu lösen und dann sofort das danach für maßgebend erkannte Erbrecht anzuwenden, so daß, wenn im vorliegenden Falle nach Preußischem Rechte das Gesetz des Heimathstaates anzuwenden wäre, nicht erst wieder die Frage entstehen könnte, welches Recht nach dem Rheinischen Gesetze anzuwenden sei. Die rheinischen Gerichte, welche in einem Rechtsstreite über eine in Berlin eröffnete Erbfolge angerufen werden, haben also so zu entscheiden wie das betreffs der Erbschaft zuständige Berliner Gericht zu entscheiden hätte. Die Tragweite des Art. 110 ist demnach die, daß, wenn die Erbfolge im Sinne desselben in einem fremden Rechtsgebiete eröffnet worden ist, das Gesetz am Wohnsitze des Erblassers darüber zu entscheiden habe, welches Recht anzuwenden sei, und das Verhältniß des Art. 110 zum Art. 3 des B. G. B. ist dahin zu bestimmen, daß, wenn eine Erbfolge im Gebiete des Rheinischen Rechtes eröffnet wird, aus Art. 110 sich die Anwendbarkeit des Art. 3 ergiebt, so daß also ungeachtet des Art. 110 das Gesetz des ausländischen Heimathstaates angewendet werden müßte, wenn Art. 3 dahin ausgelegt würde, daß es auf die Nationalität und nicht auf den Wohnsitz ankomme. Da nun die Erbfolge in den Nachlaß des C. H. Meyrat in Berlin eröffnet worden ist, so war für die Entscheidung, ob das Erbrecht des Heimathstaates oder dasjenige des Wohnsitzes anzuwenden sei, das Preußische Recht maßgebend. Nach diesem entscheidet (vergl. Förster-

Eccius Bd. I § 11 S. 64 Anm. 45) das Gesetz des Wohnsitzes. Dieses, das Pr. A. L. R., hat nun auch das O. L. G. angewendet, so daß dessen Entscheidung sich als richtig darstellt, obgleich dieselbe nicht auf dem richtigen Grunde beruht, daß gemäß Art. 110 des B. G. B. das anzuwendende Gesetz nach dem Rechte zu ermitteln war, in dessen Gebiet die Erbfolge eröffnet worden ist, sondern darauf, daß der rheinische Richter nach seinem Gesetze, also nach Art. 3 des B. G. B., das maßgebende erbrechtliche Gesetz zu bestimmen habe und daß danach das Recht des Wohnsitzes gelte. Die Entscheidung ist also gemäß § 526 der C. P. O. aufrecht zu erhalten, und kann dahin gestellt bleiben, ob der Art. 3 cit. richtig ausgelegt worden sei. War aber der Rechtsstreit in gleicher Weise zu entscheiden wie das nach § 28 der C. P. O. ebenfalls zuständige Preußische Gericht auf Grund des bei ihm geltenden Gesetzes zu urtheilen gehabt hätte, so war auch die Anwendung des Art. 999 des B. G. B. auf den in Berlin errichteten eigenhändigen letzten Willen ausgeschlossen. Es handelt sich dabei nicht um den Grundsatz: „locus regit actum," sondern vielmehr um eine Abweichung von demselben, indem bezüglich einer im Gebiete des rheinischen Rechts eröffneten Erbfolge ein von einem rheinischen Staatsangehörigen in einem andern Rechtsgebiete errichteter eigenhändiger letzter Wille selbst dann wirksam sein soll, wenn derselbe am Orte der Errichtung nicht oder nur beschränkt zulässig wäre. Für den Preußischen Richter, an dessen Stelle nach dem Ausgeführten, das O. L. G. getreten ist, besteht aber kein Gesetz, wonach ein in Preußen von einem daselbst domizilirten Angehörigen eines anderen Staates errichtetes Kodicill deshalb von der in den §§ 161 ff. Thl. I Tit. 12 des A. L. R. vorgeschriebenen Beschränkung ausgenommen sein soll, weil diese letztwillige Anordnung volle Wirkung hätte, wenn die Erbfolge im Heimathstaate des Testators eröffnet worden wäre. Das Erbrecht dieses Heimathstaates kommt nicht in Frage und daß Art. 999 kein mit der Person verbundenes Privilegium begründe, welches ein rheinischer Staatsangehöriger überall und selbst dann beibehalte, wenn er durch die Niederlassung in einem fremden Staate die Beurtheilung seines einstigen Nachlasses den Gesetzen dieses Landes unterwirft, hat das B. G. zutreffend ausgeführt. II. C. S. i. S. Manegold c. Mevrat vom 27. Januar 1888, Nr. 237/87 II.

37. Die Uebereinkunft, nach welcher mehrere Personen ein bestimmtes Grundstück unter Verzicht auf die Konkurrenz bei der Versteigerung für gemeinschaftliche Rechnung oder im gemeinschaftlichen Interesse erwerben wollen und vereinbaren, wie sie sich bezüglich des Grundstücks später auseinanderzusetzen gedenken, widerspricht weder der öffentlichen Ordnung oder den guten Sitten, noch wird durch dieselbe der in § 270 des Preußischen Strafgesetzbuchs vorgesehene Thatbestand begründet. II. C. S. i. S. Hertz c. Schüll vom 24. Januar 1888, Nr. 279/87 II.

38. In Bezug auf die Befugniß, nach dem Anerkenntniß einer Rechnung einen Irrthum in denselben geltend zu machen, stimmt das französische Recht, sowohl mit dem Deutschen H. G. B. (Art. 294), wie mit dem preußischen Recht wesentlich überein. (Vergl. Zachariae, Dreyer Handbuch des französischen Civilrechts Bd. II S. 681, 731 folgd.) I. C. S. i. S. Goldstein c. Ollendorf vom 19. Januar 1888, Nr. 361/87 I.

39. Nach Art. 9 des Gesetzes vom 25. März 1855 (s. g. Transscriptionsgesetz) kann die Uebertragung der Legalhypothek der Ehefrau sowie ein Verzicht auf dieselbe in wirksamer Weise nur in einer authentischen Urkunde erfolgen; eine solche liegt aber nicht vor. Auf die weiteren Mängel kommt es sonach nicht an. Uebrigens sind auch die Hypothekargläubiger, vor welchen auf Grund der Legalhypothek der Vorrang verlangt wird, als Dritte im Sinne des Art. 9 anzusehen. II. C. S. i. S. Saulnier c. Douay vom 13. Januar 1888, Nr. 242/87 II.

M.

Personal-Veränderungen.

Zulassungen.

Dr. Karl Wilhelm Traugott Bierling und Dr. Richard Benno Gotthold Jahns beim Landgericht Zwickau; — Clemens Krantz beim Amtsgericht Ragnit; — Dr. Albert Heymann beim Landgericht Berlin I; — Jacob Heinrich Friedrich Felchtmayer beim Landgericht Berlin I; — Georg Pincus beim Landgericht Berlin I; — Dr. Simon Hirsekorn beim Landgericht Berlin I; — Hehner beim Landgericht Wiesbaden; — Edstein beim Landgericht in Guben; — Dr. jur. Max Willmann beim Amtsgericht Oschersleben; — Conrad Lenz beim Amtsgericht Dahme; — Dr. Carl Wilh. Traugott Bierling beim Amtsgericht Werdau; — Dr. Carl Wilhelm Traugott Bierling in Werdau bei der Kammer für Handelssachen in Glauchau; — Albert Metzler beim Amtsgericht Swinemünde; — Bürgermeister Hans Kossel beim Amtsgericht Tessin; — Graf beim Amtsgericht N. Wildungen; — Dr. jur. Oskar Brehme beim Landgericht Altenburg; — Carl Ottermann beim Landgericht Dortmund; — Karl Ernst Mütterlein bei der Kammer für Handelssachen in Zittau; — Badrian beim Amtsgericht Königshütte; — Paul Richter beim Amtsgericht in Kutscher.

Löschungen.

Gelöscht sind: Carl Mohrmann beim Amtsgericht Hameln; Dr. jur. Dedekind zu Wolfenbüttel beim Landgericht Braunschweig; — Kurt Beck, beim Landgericht Leipzig; — Reicherter von Reutlingen beim Landgericht Tübingen; — Benjamin Herrnstadt beim Landgericht Berlin I; — August Prechtl sen. beim Landgericht Weiden; — Gustav Adolf Opitz beim Amtsgericht Neustadt i. S.; — Justizrath Kauffmann beim Kammergericht Berlin.

Ernennungen.

Zu Notaren sind ernannt: Gerichtsassessor Nicolaus Schmitz in Euskirchen zum Notar für den Bezirk des Landgerichts Düsseldorf und Wohnsitz in Gerresheim; — Herling, v. Kraynicki und Dr. Hugo Alexander-Katz in Berlin zu Notaren für den Bezirk des Kammergerichts und Wohnsitz in Berlin; — Fröhlich in Reinerz zum Notar für den Bezirk des Oberlandesgerichts zu Breslau und Wohnsitz in Reinerz; — Buckhausen in Schwerte zum Notar für den Bezirk des Oberlandesgerichts zu Hamm und Wohnsitz in Schwerte; — Gerichtsassessor Brementhal in Aachen zum Notar für den Bezirk des Landgerichts Trier und Wohnsitz in Hermeskeil; —

Gettwart in Bialla zum Notar für den Bezirk des Oberlandesgerichts zu Königsberg und Wohnsitz in Bialla.

Todesfälle.

Dr. Jos. Ignatz Gundermann in München; — Justizrath Julius Rindfleisch in Naumburg a. d. Saale; — Gustav Adolf Opitz in Neustadt i./Schlesien. — Mohrmann in Hameln; — Weber in Pewsam; — Herrnstadt in Berlin.

Für die Redaktion verantw.: S. Haenle. Verlag: W. Moeser Hofbuchhandlung. Druck: W. Moeser Hofbuchdruckerei in Berlin.

№ 12. Berlin, 1. März. 1888.

Juristische Wochenschrift.

Herausgegeben von

S. Haenle, Justizrath, Rechtsanwalt in Ansbach.
und
M. Kempner, Rechtsanwalt beim Landgericht I. in Berlin.

Organ des deutschen Anwalt-Vereins.

Preis für den Jahrgang 20 Mark. — Inserate die Zeile 40 Pfg. — Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt.

Inhalt.

Aufsätze für die Juristische Wochenschrift, welche acht Spalten überschreiten, können nur ausnahmsweise angenommen werden. Aufsätze, welche sich auf Angelegenheiten des Anwaltstandes und die Reichsjustizgesetze beziehen, erhalten den Vorzug.

Die Redaktion.

Vereinsnachrichten.

Die Verlagsbuchhandlung J. Guttentag (D. Collin) beabsichtigt den Text der ersten Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuchs mit dem ersten Bande der Begründung gleichzeitig in den Buchhandel zu bringen. Der erste Band der Begründung wird in einigen Tagen fertiggestellt sein. Da die Ablieferung des für den Verein bestimmten Sonderabdrucks des Textes an dem Tage erfolgen soll, an welchem die Verlagsbuchhandlung ihre Auflage dem Sortimentsbuchhandel übergiebt, so wird die Versendung an die Vereinsmitglieder nicht vor Anfang März erfolgen können. Wegen der erheblichen Portoersparung bleibt auch die Versendung des dritten Bandes der Entscheidungen des Ehrengerichtshofs ausgesetzt, bis beide Drucksachen unter einem Streifband zur Post gegeben werden können.

Leipzig, 27. Februar 1888.

Mecke, Schriftführer.

Zur Frage der Aenderung der Gebührengesetze bringen wir als Beilage das Stenogramm der Reichstags-Verhandlungen vom 31. Januar d. J. und behalten uns vor, nöthigenfalls auf den Gegenstand zurückzukommen.

Zum Anwaltstage von 1887.

Der nachfolgende Erlaß des Königlich Preußischen Herrn Justizministers hat in vollkommen ausreichender und sehr dankenswerther Weise einen Beschluß des jüngsten Anwaltstages für Preußen verabschiedet.

Berlin, den 9. Februar 1888.

Der zehnte Deutsche Anwaltstag hat in seiner Sitzung vom 10. September 1887 auf den Antrag des Berichterstatters Geheimen Justizraths von Wilmowski hierselbst den einstimmigen Beschluß gefaßt, zu erklären:

„es sei wünschenswerth, daß der Staatsanwaltschaft gesetzlich die Verpflichtung auferlegt werde,

a) die unmittelbar an sie gelangenden Beschwerden über einen Rechtsanwalt in allen Fällen zur Kenntniß des Vorstandes der Anwaltskammer zu bringen und nicht ohne dessen Mitwirkung für beruhend zu erklären oder durch Einstellungsverfügung zu erledigen;

b) die ehrengerichtliche Klage zu erheben, wenn der Vorstand dieses beantragt, so daß in diesem Falle das Verfahren nicht ohne Entscheidung (Beschluß oder Urtheil) des Ehrengerichts erledigt werden kann."

(Vergl. Seite 22 bis 24 der gedruckten Verhandlungen.)

Auf Grund jenes Beschlusses habe ich die Oberstaatsanwälte bei den preußischen Oberlandesgerichten ersucht, fortan die unmittelbar an die Staatsanwaltschaft gelangenden Beschwerden über einen Rechtsanwalt regelmäßig zur Kenntniß des Vorstandes der Anwaltskammer zu bringen und nicht ohne dessen Mitwirkung für erledigt zu erklären, sowie ferner, auf Antrag des Vorstandes der Anwaltskammer die ehrengerichtliche Klage zu erheben, sofern Bedenken nicht entgegenstehen. Ich habe nicht unterlassen wollen, dem Vorstande des Deutschen Anwaltvereins hiervon ergebenst Mittheilung zu machen.

Der Justizminister
gez. Dr. Friedberg.

An
den Vorstand des Deutschen Anwaltvereins
in
Leipzig.

I. 393.

Vom Reichsgericht.*)

Wir berichten über die in der Zeit vom 12. bis 18. Februar 1888 ausgefertigten Erkenntnisse.

I. Die Reichsjustizgesetze.

Zur Civilprozeßordnung.

1. Der B. R. läßt die Feststellungsklage bezüglich des Vorkaufsrechts lediglich deshalb nicht zu, weil nicht ersichtlich, daß die Bekl. sich in der rechtlichen Lage befinde, das betreffende Grundstück zu verkaufen, und weil deshalb das Vorkaufsrecht keinen Inhalt habe. Hier verwechselt das B. G. die Zulässigkeit der Feststellungsklage mit der Berechtigung dieser Klage in der Hauptsache. Die Zulassung der Klage und damit die Verpflichtung der Bekl., sich auf die Verhandlung über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses einzulassen, hängt nur davon ab, daß der Kl. ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen richterlichen Feststellung habe (vergl. Urtheil des R. G. vom 13. April 1883; Entscheidungen Bd. IX. S. 340). Der Richter hat also so lange er die Zulässigkeit der Klage prüft, nur hierauf seine Prüfung zu erstrecken, er muß dabei voraussetzen, daß die Klage in der Hauptsache berechtigt sei; er darf aber nicht in der Weise, wie es hier geschieht, in die Beurtheilung des Klageanspruchs in der Hauptsache hinübergreifen und aus derselben einen Grund für die Unzulässigkeit der Klage wegen mangelnden Interesses an der alsbaldigen Feststellung entnehmen. V. C. S. i. S. Ludewitz c. Bohnen vom 25. Januar 1888 Nr. 278/87 V.

2. Mit Recht hat der angefochtene Beschluß die ihm vorliegende Beschwerde als unzulässig verworfen. Denn sie war erhoben über denselben Gegenstand, betreffs dessen bereits zwei gleichlautende Entscheidungen vorausgegangen waren. Der Beschwerdeführer irrt in der Ansicht, daß ein neuer selbstständiger Beschwerdegrund für das B. G. dadurch gegeben gewesen sei, daß in der an dasselbe gebrachten Beschwerde eine neue Thatsache behauptet und unter Beweis gestellt ist, welche in der Unterstellung ihrer Richtigkeit die Vorinstanzen zu einer anderen Entscheidung geführt haben würde. Der § 533 C. P. O. ist auf diesen Fall nicht anwendbar. Mit einer Entscheidung des Beschwerderichters soll, sofern in seiner Entscheidung nicht ein neuer selbstständiger Beschwerdegrund enthalten ist, die betreffende Sache erledigt sein. Eine solche Entscheidung, welche eine vorhergegangene Entscheidung bestätigt hat, kann nicht beschwerend sein, wenn sie nur wegen eines Mangels in der Beschwerde selbst, im Uebrigen aber sachgemäß, zum Nachtheil des Beschwerdeführers ausgefallen ist. Es fehlt dann überhaupt an einem Beschwerdegrunde, der durch die Entscheidung gegeben ist und an einer weiteren Instanz für die nova. V. C. S. i. S., betreffend Zwangsversteigerung des Rittergutes Brunn, vom 21. Januar 1888, B. Nr. 9/58 V.

II. Das Handelsrecht.

3. Geht man auch davon aus, daß, sofern die einzelnen Weinlieferungen, welche die Kl. den Bekl. gemacht hat, als genehmigt zu betrachten seien, aus der schlechten, vertragswidrigen Beschaffenheit dieser Weine auch nicht mehr ein Einwand in der Richtung abgeleitet werden könne, es seien die Bekl. deshalb für die dieser Weinlieferung nachfolgende Zeit von jener Verpflichtung, den Wein, dessen sie bedürften, nur von der Kl. (nicht von anderen Personen) zu beziehen, entbunden, und will man weiter auch davon ausgehen, es seien wenigstens ähnliche Grundsätze, wie die in Art. 347 des H. G. B. für Distanzgeschäfte gegebenen, auch bei Platzgeschäften (zu welchen die einzelnen Weinlieferungen von Seiten der Kl. an die Bekl. gehören würden) anwendbar, so wurde doch im vorliegenden Rechtsstreite eine dem Art. 347 des H. G. B. entsprechend begründete Einrede nicht aufgestellt. Es kann daher die Befugniß der Bekl., die schlechte Beschaffenheit der ihnen gelieferten Weine noch zur Zurückweisung der Klageansprüche, sowie zur Rechtfertigung der Widerklagbegehren zu verwerthen, nicht beanstandet werden. II. C. S. i. S. Jäger u. Comp. c. Wagner vom 3. Februar 1888, Nr. 287/87 II.

III. Das Gemeine Recht.

4. Es kann zunächst mit Rücksicht auf die länger als fünfjährige Abwesenheit des Bekl., welcher sich seit Juni 1882 in fremden Welttheilen aufgehalten hat, kein Zweifel darüber obwalten, daß dem Bekl. der Vorwurf der böslichen Verlassung trifft. Der Begriff der böslichen Verlassung wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Kl. sich drei Jahre nach der Entfernung des Bekl. mit einem anderen Manne wiederholt fleischlich vermischt hat; es kann in dieser Beziehung auf die Gründe verwiesen werden, welche dieser Gerichtshof in einer gleich liegenden Mecklenburgischen Ehescheidungssache in dem in der Sammlung der Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. 18 not. 46 S. 225 fg. abgedruckten Urtheile vom 4. Juni 1887 pag. 227, 228 ausgeführt hat, in welchem jedoch S. 227 Zeile 17 von oben statt „ist für richtig zu achten" zu lesen ist: „ist nicht für richtig zu achten". Diese Entscheidung steht auch nicht im Widerspruch mit dem Urtheil des Sechsten C. S. des R. G. vom 8. Dezember 1887 in einer Hamburgischen Ehescheidungssache Rep. VI. 238/87, in dessen Gründen das Vorhandensein einer böslichen Verlassung auf Seiten der beklagten Ehefrau, welche rechtskräftig verurtheilt war, zu ihrem Ehemann zurückzukehren, und sich weigerte, diesem Urtheile Folge zu leisten, weil ihr Ehemann in seiner Wohnung eine Beischläferin hielt und behalten wollte, deshalb verneint wurde, weil der Ehefrau nicht zugemuthet werden könne, in die Wohnung ihres Ehemanns zurückzukehren, so lange die Beischläferin in der Wohnung des Mannes sei. Es fragt sich nur, ob zur Begründung der Ehescheidungsklage wegen böslicher Verlassung die Darlegung und der Nachweis Seitens des klagenden Ehegatten gehört, daß er die ehelichen Pflichten nicht verletzt, namentlich keinen Ehebruch begangen habe. In der erwähnten Entscheidung dieses Gerichtshofes vom 4. Juni 1887 (pag. 230, 231 l. c.) ist bereits mit Recht ausgeführt, daß das gemeine protestantische Kirchenrecht ein solches Erforderniß der Begründung der Klage nicht statuire, daß darnach namentlich zur Begründung der Klage wegen böslicher Verlassung nicht mehr gehöre, als die Darlegung der Umstände, aus welchen sich eine bösliche Verlassung ergiebt. Am Schlusse der Gründe dieses Urtheils ist jedoch ausgeführt: „Die von älteren Schriftstellern vertheidigte Ansicht, daß zur Begründung der Desertionsklage die Darlegung und Bescheinigung eines ehrbaren,

*) Nachdruck ohne Angabe der Quelle verboten.

dem ehelichen Stande entsprechenden Lebenswandels des klagenden Theils gehöre, sei in einigen Ländern durch die Landesgesetzgebung oder den Gerichtsgebrauch anerkannt; mit Rücksicht hierauf habe der Gerichtshof gemäß der ihm nach § 528 Abs. 4 der C. P. O. beigelegten Befugniß dem B. G. die Entscheidung überlassen zu sollen geglaubt, ob etwa in Mecklenburg in dieser Hinsicht eine vom gemeinen Rechte abweichende, demselben vorgehende partikuläre Rechtsnorm bestehe." Die Frage wird jetzt vom R. G. in eingehender Ausführung verneint. I. C. S. i. S. Schwenn c. Schwenn vom 28. Januar 1888, Nr. 364/87 I.

5. Es bedarf keiner Ausführung, daß, da die streitenden Theile in O. wohnten, und hier den Vertrag geschlossen hatten, während die Wahrung des Uebergangs der H.'schen Hypothek in dem Unterpfandsbuche in St. durch die dortige zuständige Behörde zu erfolgen hatte, die Vornahme dieser Handlung also an einem andern als dem Wohnorte der Kontrahenten geschehen mußte und überdies nicht einmal ausschließlich von dem bloßen Willen des Bekl. abhing, — daß unter solchen Umständen dem letzteren der Natur der Sache nach ein gewisser mäßiger Zeitraum zur Vertragserfüllung einzuräumen war. Lag dies nicht schon von vornherein in der Absicht der Kontrahenten, so würde es sich nach den Gesetzen von selbst verstehen. Vergl. Windscheid, Pandekten § 273; Sintenis, prakt. gem. Civilrecht § 91. III. C. S. i. S. Hoffmeister c. Heuck vom 20. Januar 1888, Nr. 224/87 III.

6. Daß der mit einer Kondiktion auf Rückerstattung der Bereicherung belangte Bekl. nach heutigem Rechte zur Zahlung von Verzugs- und Prozeßzinsen selbst dann verpflichtet ist, wenn er aus dem empfangenen Kapitale keine Zinsen gezogen hat, ist von dem R. G. bereits in den Entscheidungen Bd. IX Nr. 42 S. 174 anerkannt. Hieraus folgt aber für den gegenwärtigen Fall nur, daß die Bekl. Verzugszinsen zu 5 Prozent vom Tage der Klagemittheilung an, die unbestritten am 20. März 1885 stattgefunden hat, zu erstatten schuldig ist. Denn daß eine frühere ordnungsmäßige Interpellation zur Wiederherstellung der fraglichen Stiftungskapitalien stattgefunden habe, — und namentlich, zu welchem früheren Zeitpunkte die Bekl. in Verzug gekommen sei, hat die Kl. thatsächlich nicht dargelegt. Ein anderes Rechtsverhältniß aber, aus welchem ein derartiger Zinsanspruch hergeleitet werden könnte, besteht nicht. Auch mit der Geschäftsführungsklage (actio negotiorum gestorum directa) läßt sich jener Zinsanspruch nicht verfolgen. Denn die Bekl. hat nicht fremde Geschäfte, sondern ihre eigenen geführt und führen wollen; sie war überhaupt nicht Verwalterin eines fremden Vermögens, sondern, wie bereits oben angeführt, Eigenthümerin der Stiftung, deren Erträgnisse sie nur zu dem bestimmten Zwecke herauszugeben mußte. Diese letztere Erwägung steht endlich dem Versuche entgegen, die Zinspflicht der Bekl. auf den Rechtssatz zurückzuführen, daß derjenige gesetzliche Zinsen zu zahlen habe, welcher fremdes oder gemeinschaftliches Geld, das er in Händen hat, unbefugt in eigenem Nutzen verwendet. Vergl. Windscheid, Pandekten § 259 Note 7; Entscheidungen des R. G. Bd. 18 Nr. 41 S. 196. III. C. S. i. S. Kath. Kirche Friedberg c. Stadt Friedberg vom 24. Januar 1888, Nr. 236/87 III.

7. Mit Recht hat der B. R. angenommen, daß die beklagte Gemeinde gegenüber der aus § 367 Nr. 14 des Reichsstrafgesetzbuchs zu folgernden Verantwortlichkeit sich nicht darauf berufen könne, daß die in Frage stehende Straßenanlage nicht von ihr selbst, bezw. nicht von in ihrem Dienste stehenden Personen ausgeführt worden sei. Denn obwohl über die Ausführung des Baues ein besonderer Werkverdingungsvertrag abgeschlossen worden, ist doch die Gemeinde, da es sich um die Anlage einer Ortsstraße handelte, als Bauherr zu betrachten; durch die gedachte Strafbestimmung wird aber nicht bloß der ausführende Baumeister, sondern auch der Bauherr selbst verpflichtet, alle erforderlichen Sicherheitsmaßregeln zu treffen und also dafür, daß dies nicht unterlassen werde, zivilrechtlich verantwortlich und haftbar gemacht; s. Entscheidungen des R. G. Bd. 17, S. 107 III. C. S. i. S. Gemeinde Oestrich c. Barthel vom 24. Januar 1888, Nr. 243/87 III.

IV. Das Preußische Allgemeine Landrecht.

8. Liegt ein Pactieren zum Zweck der Ermöglichung oder doch wesentlichen Erleichterung der Ehescheidung durch Geltendmachung eines vereinbarten, der Wirklichkeit nicht entsprechenden Scheidungsgrundes (hier bösliche Verlassung) vor, so ist mit dem B. R. anzunehmen, daß ein solcher Vertrag gegen die guten Sitten und die Ehrbarkeit verstößt und daher nach § 7 Thl. I Tit. 4 und § 39 Thl. I Tit. 5 des A. L. R. ungültig ist, weil er der sittlichen und rechtlichen Natur des Ehebundes, als eines — zumal beim Vorhandensein von Kindern — nicht nach bloßer Uebereinkunft der Gatten lösbaren Verhältnisses gleichermaßen zuwiderläuft und überdies in verwerflicher Weise durch eigennützige Motive den Willen in einer Angelegenheit zu bestimmen unternimmt, für welche nur sittliche oder religiöse Motive maßgebend sein sollten (vergl. Entscheidungen des Obertribunals Bd. 29 S. 378; Striethorst's Archiv Bd. 24 S. 123 ff. und Bd. 96 S. 286; ferner Seuffert's Archiv Bd. 7 Nr. 274, Bd. 8 Nr. 25, Bd. 13 Nr. 126, Bd. 23 Nr. 231; Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. 5 S. 153; Savigny System III S. 180; Windscheid Pandekten I § 94 bei Note 13, III § 314 Ziffer 3). Wenn — anscheinend im Widerspruch hiermit — das vormalige Preußische Obertribunal in dem Urtheil vom 19. Juni 1850 (Striethorst's Archiv Bd. 2 S. 1 ff.) eine Verabredung unter kinderlosen in einer unglücklichen Ehe lebenden Ehegatten, wonach der die Trennung wünschende Theil dem anderen gewisse Vermögensvortheile für seine Einwilligung in die Trennung einräumt, für eine „nach natürlichen oder positiven Gesetzen verbotene Handlung" nicht erachtet hat: so liegt einmal der dort vorausgesetzte Thatbestand hier nicht vor, sodann aber verdient auch die daselbst zu Tage getretene Rechtsauffassung keine Billigung, da das Erkaufen der im § 716 Thl. II Tit. I des A. L. R. als Scheidungsgrund anerkannten Einwilligung nicht minder, wie jedes andere Paktiren über die Ehescheidung, dem berechtigten Vorwurfe der Unsittlichkeit ausgesetzt ist. — Daß von der, nach Vorstehendem anzunehmenden Nichtigkeit des Vertrages vom 29. Januar 1883 auch die zustimmende Erklärung der Beklagten ergriffen wird, unterliegt keinem Bedenken, weil diese den, vom Rechte gemißbilligten Verpflichtungsgrund des Hauptvertrages in sich aufgenommen hat. Das Gleiche nimmt der B. R., — ebenfalls in Uebereinstimmung mit dem I. R. —, von dem nach rechtskräftig erfolgter Scheidung abgeschlossenen Vertrage vom 3./7. März 1884

an, weil sich derselbe seinem ganzen Inhalte nach auf den ersten nichtigen Vertrag stütze, und sich nicht als neuen, selbstständigen Verpflichtungsgrund für die Bekl., sondern nur als *Bestätigung* jenes — wegen seines gegen die Ehebarkeit verstoßenden Charakters nichtigen — Vertrages darstelle. Auch dies erscheint zutreffend. Die Bestätigung (Anerkennung) eines der Form nach rechtbeständigen Vertrages vermag zwar vorhanden gewesene Willensmängel zu heben (§ 186 Thl. I Tit. 5 des A. L. R.), nicht aber die aus der Verwerflichkeit des ursprünglichen Verpflichtungsgrundes (der causa) hervorgehende Nichtigkeit des Vertrages zu beseitigen. Vergl. Windscheid Pandekten I § 83 Ziffer 2; Seuffert's Archiv Bd. 13 Nr. 126. Dabei ist es unerheblich, daß die Bestätigung nach bereits erfolgter Trennung der Ehe stattgefunden hat, da hierdurch, wie das B. G. mit Recht bemerkt, die Bedeutung der der Kl. zugesicherten Vermögenszuwendung als einer Gegenleistung für ihr, die Scheidung beförderndes Verhalten im Scheidungsprozesse nicht verändert und für diese Verpflichtung ein *neuer*, von dem Vorwurfe der Unsittlichkeit nicht betroffener Rechtsgrund nicht geschaffen ist. IV. C. S. i. S. v. Keller c. v. Keller vom 26. Januar 1888, Nr. 278/87 IV.

9. Die Annahme des I. R., daß der Vertrag der Parteien nach § 364 Thl. I Tit. 5 des A. L. R. für aufgehoben zu erachten sei, erscheint deshalb nicht zutreffend, weil die gedachte Vorschrift sich nur auf die *nach* dem Abschluß eines Vertrages eintretende Unmöglichkeit seiner *Erfüllung* bezieht, indem derselbe als aufgehoben gelten soll, wenn eine solche durch Zufall, unabwendbare Gewalt oder Uebermacht entsteht. Dieser Fall liegt nicht vor. Da die Schornsteinanlage an der Nachbargrenze schon zur Zeit des Vertragsschlusses als eine polizeiwidrige nicht ausführbar war und als feststehend anzusehen ist, daß auch eine ausnahmsweise Genehmigung derselben nicht erlangt werden konnte, so handelt es sich nur um die Anwendbarkeit der §§ 51 und 68 Thl. I Tit. 5 des A. L. R., wonach Verträge, durch welche jemand absolut unmögliche Handlungen oder Leistungen verspricht, nichtig und solche über unerlaubte Handlungen ebenso ungültig sind, wie über unmögliche. Die rechtliche Unmöglichkeit ist hierdurch der physischen gleichgestellt, in beiden Beziehungen aber vorausgesetzt, daß die versprochenen Handlungen oder Leistungen nicht bloß in Einzelnheiten, sondern *als Ganzes* und ihrem *Wesen* nach unmöglich sind. Bei dem an die Kl. verdungenen Bau, durch welchen für den Bekl. eine Bäckerei hergestellt werden sollte, bildete die an der Nachbargrenze projektirte Schornsteinanlage nur ein einzelnes Mittel zur Erreichung jenes Zweckes. Die Vertragsleistung des Kl. war aber nur bezüglich der Anwendung dieses *Mittels* rechtlich unmöglich. Eine solche theilweise Unmöglichkeit ist nun zwar der vollständigen gleich zu achten, wenn die betreffende Theilleistung als Voraussetzung des Vertragsschlusses von den Kontrahenten ausdrücklich bezeichnet wurde oder nach der Natur der Sache als eine selbstverständliche Voraussetzung desselben sich darstellt. Der Fall, von welchem die gedachten Bestimmungen handeln, liegt aber nicht vor, wenn ungeachtet der Unmöglichkeit einer bloßen Theilleistung die Vertragsleistung als *Ganzes* noch *möglich* bleibt und namentlich dann nicht, wenn die erstere leicht durch eine gleichartige Leistung ersetzt werden kann. Von den Kontrahenten war hinsichtlich der Schornsteinanlage nur deren Ausführung an der Hinterwand in Aussicht genommen und für den Fall der Unzulässigkeit dieser Art ihrer Ausführung keine besonderere Verabredung getroffen. Allein ebensowenig war verabredet oder gar als selbstverständlich anzusehen, daß in diesem Falle der Vertrag überhaupt nicht gelten, daß also die Anwendung des bezeichneten Mittels zur Herstellung der projektirten Bäckerei nicht bloß einen einzelnen *Bestandtheil* der bedungenen Leistungen, sondern zugleich eine Vertrags*voraussetzung* bilden solle. VI. C. S. i. S. Heering c. Sittel vom 26. Januar 1888, Nr. 289/87 VI.

10. Nicht richtig erscheint es, wenn das B. G. die Anwendbarkeit des § 380 Thl. I Tit. 5 (§§ 152 ff. Thl. I Tit. 4) A. L. R. zu Gunsten der Klage um deshalb verneint, weil der vom Kl. bei dem Abkommen vom 8. November 1886 verfolgte Zweck für den Bekl. ohne Belang gewesen sei, da der § 380 a. a. O. jedem Kontrahenten ein Rücktrittsrecht giebt, falls auch nur dessen einseitiger Endzweck durch Veränderung der Umstände vereitelt wird, auch nach Obigem vom Richter selber festgestellt ist, daß der aus dem Abkommen vom 8. November 1886 zu Tage tretende Zweck des Kl. durch die mangels Genehmigung des Vormundschaftsgerichts eingetretene Ungiltigkeit des Kaufvertrages vom 5. November 1886 vereitelt sei. IV. C. S. i. S. Baszynski c. Wirth vom 26. Januar 1888, Nr. 277/87 IV.

11. Das R. G. hat bereits in dem Urtheile vom 20. Dezember 1883 (Entscheidungen des R. G. in Civilsachen, Bd. 10 S. 257) in Uebereinstimmung mit der Rechtsprechung des vormaligen Preußischen Obertribunals ausgesprochen, daß das Rechtsgeschäft, welches ein nicht mit schriftlicher Vollmacht versehener Bevollmächtigter mit einem Dritten abgeschlossen hat, gegen den Machtgeber durch dessen nachträgliche mündliche Genehmigung wirksam wird. Das Gleiche muß nach §§ 142. 143 A. L. R. Thl. I Tit. 13 auch von der stillschweigenden Genehmigung gelten. IV. C. S. i. S. Freudenreich c. Niedzielawska vom 23. Januar 1888, Nr. 332/87 IV.

12. Das B. G. stellt fest, daß die Hypothek der 15 000 Mark aus dem Nachlaß der Frau G., zu welchem auch das Pfandgrundstück gehörte, durch Erbfolge, ohne weitere Beschränkung und Modalität auf den Ehemann H. G. und den Sohn W. G. übergegangen war, und daß nun eben auf Grund der Urkunde vom 12. Oktober 1886 H. G. für sich und als Vertreter seines minderjährigen Sohnes W. G. von dieser Hypothek den Theil von 1800 Mark nebst Zinsen an den Bekl. abgetreten hat. Bei dieser Sachlage folgert der Vorderrichter mit Recht, daß der Hypothekenantheil des W. G. wohl als nichtfreies Vermögen desselben (vergl. § 156 Thl. II Tit. 2 A. L. R.), übrigens aber als ein ausstehendes Kapital anzusehen sei, über welches dem Vater die unbeschränkte Verfügung zugestanden habe. Die bezüglichen Ausführungen des B. G. halten sich in Einklang mit der Auslegung, welche die §§ 169, 170 a. a. O. in der Rechtsprechung des vormaligen Preußischen Obertribunals wie in der Doktrin gefunden haben (vergl. Obertribunal Entscheidungen Bd. 14 S. 62, Bd. 41 S. 238, Striethorst Archiv Bd. 45 S. 311, Bd. 79 S. 158; Dernburg Preußisches Privatrecht III S. 177; Förster Eccius Theorie und Praxis IV S. 163; Turnau Grundbuchordnung II S. 319). IV. C. S. i. S. Baszynski c. Wirth vom 26. Januar 1888, Nr. 277/87 IV.

13. In Konsequenz der allgemeinen Regel, daß der Ver-

tragspflichtige die Erfüllung der Vertragspflicht darzuthun hat, sowie der Normen über die Rechenschaftspflicht des Bevollmächtigten (d. h. im konkreten Fall der §§ 60, 61 Tit. 13, Thl. I des Pr. A. L. R.) hat der Mandatar, wenn er mit der direkten Mandatsklage wegen Beschädigung des Mandanten durch nicht gehörige Ausführung des Auftrags auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird, darzuthun, daß er den Auftrag vollzogen und bei der Vollziehung die ihm obliegende Sorgfalt angewendet habe. Diese Vertheilung der Beweislast entspricht auch einer verständigen Berücksichtigung der durchschnittlichen Gestaltung der Lebensverhältnisse; da in der Regel nur der Mandatar eigene Kenntniß von den betreffenden Vorgängen besitzt, ihm auch die Nachweisungen leichter zu Gebote zu stehen pflegen. — Allerdings ist schon vor Geltung der C. P. O. der Maßstab bei Beurtheilung der Beweisführung des Mandatars unter billiger Beurtheilung der eigenartigen Lage jedes einzelnen Falles bestimmt worden, sodaß in Fällen, wo die Rechenschaftlegung mittelst der regelmäßigen Beweismittel (wegen besonderer Verhältnisse namentlich in Folge der Länge des Zeitraums zwischen der Ausführung des Auftrages und dem Vorgehen des Mandanten gegen den Mandatar) nicht beschafft werden konnte, der Mandatar zur eidlichen Erhärtung der ihn rechtfertigenden Behauptungen zugelassen worden ist. (Vergleiche Erkenntniß des Oberappellationsgerichts Lübeck vom 14. November 1853, Hamb. Sammlung Bd. 2 S. 782). Seit Geltung der C. P. O. führt schließlich das Grundprinzip des § 259 der C. P. O. dazu, daß die Gerichte in Bezug auf die dem Mandatar obliegende Klarlegung den gesammten Inhalt der Verhandlungen berücksichtigen dürfen. I. C. S. i. S. Abrahamsohn c. Joseph vom 25. Januar 1888, Nr. 366/87 I.

14. Der B. R. verkennt die rechtliche Natur eines Mitfischereirechts. Dasselbe unterscheidet sich von dem ausschließlichen Fischereirechte durch die Einschränkung, welche es erleidet dadurch, daß mehreren Subjekten dasselbe Recht zusteht, also die Vorschriften A. L. R. Thl. 1 Tit. 17 Abschn. 1 beobachtet werden müssen. In dieser Beziehung zu den Mitberechtigten, nicht aber in der Beziehung zum Eigenthümer des Gewässers, wenn an diesem das Fischereirecht als *besonderes* Recht besteht, zeigt sich der Unterschied. Der Eigenthümer als solcher darf bei mehreren Berechtigten, auch wenn er selbst dazu auf Grund seines Eigenthumsrechtes gehört, ebenso wenig wie einem ausschließlich Berechtigten gegenüber über die Grenzen hinausgehen, welche dem Eigenthümer gesteckt sind in seinem Verhältniß zum dinglich Berechtigten. Das Recht des Fischfangs erstreckt sich aber, wenn es nicht durch besondere Bestimmung eingeschränkt ist, der Natur der Sache nach räumlich auf alle Theile des Wassergebiets, an welchem es besteht und der Eigenthümer darf keinen dieser Theile der Ausübung des Fischereirechts entziehen, insofern nicht durch besondere Umstände eine solche Entziehung sich als ein innerhalb der Grenzen des Eigenthumsrechts liegender Akt darstellen möchte. V. C. S. i. S. Zillmen und Gen. c. Fiskus vom 28. Januar 1888, Nr. 279/87 V.

15. Der Anspruch des Kl. wird hier mit der Pfandklage geltend gemacht. Daß das Pfandrecht die ganze dem Gläubiger verpfändete Sache ergreift, verkennt der B. R. nicht. Ihm ist auch darin beizustimmen, daß aus diesem Rechtssatze allein noch nicht die Befugniß des Gläubigers folgt, einen beliebigen, von ihm herausgerissenen Theil der Sache zum Gegenstand der Pfandverfolgung zu machen. Die Ausscheidung von Theilen ist ein Recht des Eigenthümers, nicht des Gläubigers. So lange eine solche Ausscheidung in rechtswirksamer Weise nicht stattgefunden hat, kann der Gläubiger die Sache nur so, wie sie ihm verpfändet ist, und wie sie vom Eigenthümer besessen wird, mit der Pfandklage in Anspruch nehmen. (Vergl. Krech und Fischer, Kommentar zum Gesetze vom 13. Juli 1883 § 1 Nt. 12 S. 184; Förster-Eccius, Theorie 2c. 5. Auflage III S. 474 Nt. 37 a.). — Daß der Pfandgläubiger, wenn durch die vom Eigenthümer bewirkte Ausscheidung neue selbstständige *reale* Theile entstanden sind, sich an jedem derselben wegen seiner ganzen Forderung halten kann, bedarf keiner näheren Erörterung. Vergl. A. L. R. Thl. 1. Tit. 20 § 467. Fraglich ist nur, ob ihm auch bei der Bildung *idealer* Theile durch den Eigenthümer dieselbe Befugniß zusteht. Das R. G. hat sich für die Bejahung entschieden. Das Miteigenthum besteht nach den Vorschriften des A. L. R. (Thl. I. Tit. 8 § 14 u. f. w.) in einer Theilung des *Eigenthumrechts*. Soarez sagt zutreffend: sind die sämmtlichen unter dem Miteigenthum begriffenen Rechte den mehreren Inhabern gemein, so heißen sie Miteigenthümer (Siewert, Mat. 1 S. 11). Daraus hat die neuere Doktrin mit Recht gefolgert, daß das Miteigenthum nicht als eine qualitative Theilung der im Eigenthum liegenden Befugnisse aufzufassen sei, daß vielmehr das Recht eines jeden Theilnehmers seiner Anlage nach den Charakter des vollen Eigenthums mit allen seinen Befugnissen enthält, jedoch beschränkt dadurch, daß jedem Theilnehmer das Recht des andern entgegensteht. (Vergl. Förster-Eccius l. cit. III. S. 298, 299. Dernburg, Lehrb. I. § 222. Göppert, Miteigenthum S. 16 ff.; Turnau, Grundbuchordnung II S. 138, 139). Man kann deshalb die idealen Antheile im Verhältniß zu dem Eigenthum an der ganzen Sache nicht als ein aliud, sondern nur als ein minus auffassen. Damit steht nicht im Widerspruch, daß das Gesetz den idealen Antheilen insofern einen selbständigen rechtlichen Charakter beigelegt, und sie, ähnlich wie reale Theile zu selbständigen Vermögensobjekten gemacht hat, als es ihre Veräußerung und Verpfändung gestattet. A. L. R. Thl. I. Tit. 17 §§ 60 ff., 69 ff. Ein Grund, weshalb *diese* durch die Theilung gebildeten Rechtsobjekte anders, als reale Theile in Betreff der Pfandhaftung beurtheilt werden sollten, besteht nicht. Der das Pfandrecht beherrschende, im A. L. R. Thl. I. Tit. 20 § 467 sanktionirte Grundsatz, daß das Recht eines Hypothekengläubigers in Ansehung seiner ganzen Forderung sich sowohl auf das Ganze als auf die einzelnen Theile desselben erstreckt, muß gleichmäßige Anwendung auf reale und ideale Theile finden. In dem Falle, daß ein verpfändetes Grundstück durch Erbgangsrecht getheilt wird, läßt sich aus § 468 Thl. I. Tit. 20 a. a. O. eine Billigung des vom R. G. angenommenen Grundsatzes herleiten. Wollte man sich im entgegengesetzten Sinne entscheiden, so würde der Gläubiger in denjenigen Fällen, wo die Person eines Miteigenthümers (wegen Erbgang 2c.) nicht feststeht, gezwungen sein, oft schwierige und zeitraubende Ermittelungen anzustellen, gegen wen er seine Klage auf Herausgabe des ganzen Pfandobjekts zu richten habe, während er durch Verfolgung seines Rechts gegen den einen feststehenden Antheilseigenthümer ohne Schwierigkeit seine Befriedigung erreichen könnte. Es läßt sich

allerdings, wie der B. R. hervorhebt, nicht verkennen, daß durch die Zwangsvollstreckung in einen idealen Antheil eine wirthschaftliche Schädigung des in Anspruch Genommenen und auch der übrigen Miteigenthümer herbeigeführt werden kann. Aber abgesehen davon, daß eine Rücksicht hierauf die Anwendung des gegebenen Gesetzes nicht hindern darf, und daß ferner die ungünstigere Lage der Miteigenthümer nicht durch einen Rechtsakt des Pfandgläubigers entstanden ist, bietet das Gesetz den Miteigenthümern mehrfach die Mittel, um den für sie durch den Antheilsverkauf zu befürchtenden Nachtheil abzuwenden. A. L. R. Thl. I Tit. 17 §§ 61 ff. Hiernach muß man davon ausgehen, daß der Gläubiger, dem eine Sache als Ganzes verpfändet ist, bei späterer idealer Theilung des Eigenthumsrechts die Quoten der einzelnen Miteigenthümer zum Gegenstand der Pfandverfolgung machen kann, sofern die Theilung in rechtsbeständiger Weise erfolgt ist, also ins Besondere die Quoten der Miteigenthümer feststehen. V. C. S. i. S. Kelp c. Kirsten vom 28. Januar 1888, Nr. 284/87 V.

16. Der rechtliche Charakter der groben und widerrechtlichen Ehrenkränkung im Sinne des § 700 Thl. II Tit. 1 des A. L. R. ergiebt sich aus dem Zusammenhange der Vorschrift des § 700 a. a. O mit der vorhergehenden des § 699 und den nachfolgenden der §§ 701 und 702. Danach stellt das Gesetz die grobe und widerrechtliche Ehrenkränkung des § 700 den Nachstellungen nach dem Leben und den die Gesundheit und das Leben in Gefahr setzenden Thätlichkeiten gleich. Letzteres spricht für die Schuldfrage der § 748 auch ausdrücklich aus, indem darin Nachstellungen nach Leben, Gesundheit, Freiheit und Ehre (§§ 699, 700) für gleich schwere Vergehungen erachtet werden. Demgemäß hat das R. G. in Uebereinstimmung mit dem Preußischen Obertribunale schon wiederholt ausgesprochen, daß nicht jede beleidigende Aeußerung und insbesondere nicht bloße Schimpfreden für sich allein als grobe und widerrechtliche Ehrenkränkungen anzusehen sind, daß der § 700 vielmehr die böswillige Absicht des beleidigenden Theils erfordert, dem andern Ehegatten die Achtung, worauf derselbe vermöge seiner Verhältnisse Anspruch machen kann, zu entziehen und ihm dadurch einen bleibenden Schaden zuzufügen. IV. C. S. i. S. Heuer c. Heuer vom 13. Februar 1888, Nr. 304/87 IV.

17. Daß Sonderrechte von der im § 68 Thl. II Tit. 6 des A. L. R. angegebenen Beschaffenheit durch das Gesellschaftsstatut der Abänderung durch Mehrheitsbeschluß unterworfen werden können ist vom B. G. in Uebereinstimmung mit dem reichsgerichtlichen Urtheile vom 2. Dezember 1886 mit Recht angenommen worden. Ebenso ist dem B. G. darin beizutreten, daß dem Mehrheitsbeschlusse der Gesellschafter die Anordnung der Behörde, welcher statutenmäßig die Befugniß der Aenderung der Statuten zusteht, gleichzustellen ist, daß also statutenmäßig die Aenderung oder Aufhebung von Sonderrechten der im § 68 a. a. O. angegebenen Beschaffenheit auch dem Ermessen einer Behörde unterworfen sein kann. IV. C. S. i. S. Thener c. Beamten-, Pensions- und Unterstützungskasse der N. M. E. vom 6. Februar 1888, Nr. 292/87 IV.

V. Sonstige Preußische Landesgesetze.

Zu den Grundbuchgesetzen.

18. Die Bekanntmachung der Veräußerung und Schuldübernahme im Sinne des § 41 Abs. 2 des E. E. G. hat mit Rücksicht auf die im Gesetze daran geknüpften Folgen die Bedeutung einer vom Veräußerer an den Gläubiger der übernommenen Hypothek gerichteten Aufforderung, binnen einer bestimmten Frist sich darüber zu entscheiden, ob er sich mit der persönlichen Verhaftung des Erwerbers für die übernommene Hypothek begnügen oder aber auch den Veräußerer als persönlichen Schuldner festhalten will. Der Veräußerer, welcher von seiner persönlichen Verbindlichkeit in Folge Ablaufs der mit der Bekanntmachung begonnenen und ungenützt gelassenen Frist frei geworden sein will, hat nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die erfolgte Bekanntmachung zu behaupten und zu beweisen. Da im Gesetze die Beobachtung einer bestimmten Form für die Bekanntmachung nicht verlangt wird, so muß auch eine nur mündlich erfolgte Bekanntmachung genügen (Urtheil des R. G. vom 4. Januar 1883 IV. 477. 82. Wallmann's Zeitschrift für Preußisches Recht Bd. 3 S. 431). Die Bekanntmachung muß aber stets in einer Weise ausgeführt werden, daß die Thatsachen, aus welchen dieselbe zu bestehen hat, wirklich zur Kenntniß des Gläubigers gelangen, und daß letzterer erkennen kann, daß die Bekanntmachung vom Veräußerer zu dem sich aus § 41 des E. E. G. ergebenden Zwecke gemacht wird. Wird dieser Erfolg thatsächlich erreicht, so kommt es auf den Weg, der dazu eingeschlagen ist, nicht weiter an. Mag auch die unmittelbar vom Veräußerer an den Gläubiger gerichtete Mittheilung als der sicherste Weg den Vorzug verdienen, so ist doch nicht ausgeschlossen, daß die Bekanntmachung mit Wirkung durch eine Mittelsperson oder schriftlich erfolgen kann. In den letzteren Fällen hat indessen der Veräußerer die Gefahren auf sich zu nehmen, welche mit einem derartigen Bekanntmachungsmodus verbunden sind (Verlust des Briefes, Vergeßlichkeit der Mittelsperson rc.). Der Veräußerer genügt daher seiner Beweispflicht nicht dadurch, daß er darthut, den Brief an die Adresse des Gläubigers (durch einen Boten oder mit der Post) abgeschickt oder die Mittelsperson mit Ausführung der Bekanntmachung beauftragt zu haben, sondern er hat auch nachzuweisen, daß der Brief in die Hand des Gläubigers gelangt ist beziehungsweise daß die Mittelsperson den Auftrag ausgeführt hat (vergl. Urtheil des R. G. vom 15. Oktober 1883 IV. 256, 83. Wallmann's Zeitschrift für Preußisches Recht Bd. 4 S. 60). Ist der zu benachrichtigende Gläubiger eine juristische Person, so muß die Bekanntmachung an dasjenige Organ erfolgen, welches nach Gesetz oder Statut zur Vertretung derselben nach außen in vermögensrechtlichen Angelegenheiten befugt ist. Wo eine solche Vertretung aus einer Mehrheit von Kollektivvertretern besteht, welche das Vermögen der juristischen Person kollegialisch zu verwalten hat, wird sich eine unmittelbare Bekanntmachung vom Munde des Veräußerers an das Ohr der Vertretung der Regel nach kaum bewerkstelligen lassen. Der Veräußerer ist deshalb darauf angewiesen, einen anderen Weg ausfindig zu machen, auf welchem ihm der gleiche Erfolg gesichert ist. Ist die Vertretung eine Behörde, so erscheint zwar eine Bekanntmachung mittelst schriftlicher, an die Behörde gerichteter und im Geschäftslokale derselben abgegebener oder zugestellter (vergl. C. P. O. § 157) Eingabe am geeignetsten, indem dann der geordnete Geschäftsgang Gewähr dafür bietet, daß die Bekanntmachung zur Kenntniß der Behörde gelangt. Es ist aber selbstverständlich nicht ausgeschlossen, daß der Veräußerer auch einen anderen Weg einschlagen darf, von dem

er verständiger Weise annehmen kann, daß auf demselben die Bekanntmachung sicher ihr Ziel erreicht. So hat das R. G. bereits durch Urtheil vom 4. Januar 1883 (Wallmann's Zeitschrift für Preußisches Recht Bd. 3 S. 431) ausgesprochen, daß, falls die Gläubigerin der übernommenen Hypothek eine Aktiengesellschaft ist, die mündliche Mittheilung von der Schuldübernahme an einen der Direktoren der Gesellschaft zur Vollziehung der Mittheilung an die Direktion genügt, weil das Direktionsmitglied zur weiteren Bekanntmachung an seine Mitdirektoren verpflichtet sei. Soll die Bekanntmachung an eine Stadtgemeinde erfolgen, so ist dieselbe so einzurichten, daß sie dem Magistrat zur Kenntniß kommt, indem dieser die Stadtgemeinde nach Außen zu vertreten, das Eigenthum der Stadtgemeinde zu verwalten und ihre Rechte zu wahren hat (Städteordnung für die sechs östlichen Provinzen der Preußischen Monarchie vom 30. Mai 1853 § 56 Nr. 5 und 8 in Verbindung mit § 10 Gesetzsammlung S. 261). Da ein unmittelbarer Verkehr mit dem Magistrat nach seiner Einrichtung ausgeschlossen ist, so bedarf es einer Vermittelung, um dem Magistrat von einer ihm zu machenden Mittheilung Kenntniß zu verschaffen. Wenn nun auch dem Bürgermeister eine Vertretung der Stadt oder des Magistrats im Allgemeinen nicht aufgetragen ist, so muß er doch nach seiner Stellung im Verwaltungsorganismus der Stadt, — er ist Mitglied und Vorsitzender des Magistrats und hat den ganzen Geschäftsgang der städtischen Verwaltung zu leiten und zu beaufsichtigen (vergl. §§ 57, 58 der Städteordnung) — als derjenige erscheinen, welchem für den Magistrat bestimmte Mittheilungen mit der Zuversicht gemacht werden können, daß dieselben auch wirklich an den Magistrat gelangen. Die Mittheilung muß selbstverständlich erkennen lassen, daß sie dem Bürgermeister zur Weiterbeförderung an den Magistrat gemacht ist. Wird dieselbe dem Bürgermeister schriftlich gemacht, so ist das wohl die angemessenste Art. Da aber die schriftliche Form zu der hier fraglichen Bekanntmachung nicht gefordert wird, so muß auch eine mündliche Mittheilung ausreichend erscheinen. V. C. S. i. S. Stadt Inowrazlaw c. Müller vom 8. Februar 1888, Nr. 290/87 V.

VI. Das Französische Recht (Badische Landrecht).

19. Wie von dem R. G. wiederholt ausgesprochen, findet der Artikel 1384 des c. c., welcher dem Geschäftsherrn — **commettant** — die Verantwortlichkeit für den von seinen Beauftragten resp. Angestellten — **preposés** — in Ausübung ihrer Verrichtungen verursachten Schaden auferlegt, grundsätzlich auch auf den Staat Anwendung. In dem gegenwärtigen Falle fragt es sich daher vor Allem, ob, was die Polizeiverwaltung der Stadt Crefeld angeht, der Staat als deren **commettant** und sie als **préposée** desselben anzusehen ist. Diese Frage hat nun das O. L. G. in Uebereinstimmung mit dem ersten Richter ohne Rechtsirrthum verneint. Der Bürgermeister der Stadtgemeinde C. ist von derselben wie unbestritten, unter Königlicher Bestätigung angestellt, sowie besoldet, und mit diesem Gemeindeamte ist die Verwaltung der Ortspolizei, deren Kosten die Stadt zu tragen hat, — § 3 des Gesetzes vom 11. März 1850 — gesetzlich verbunden, indem die hier maßgebende Städteordnung für die Rheinprovinz in den §§ 53 und 57 bestimmt, daß der Bürgermeister als Ortsobrigkeit und Gemeindeverwaltungsbehörde nach näherer Bestimmung der Gesetze auch die Handhabung der Ortspolizei zu besorgen hat, wenn diese nicht, — was im gegenwärtigen Falle außer Frage, — besonderen Königlichen Beamten übertragen ist. Wenn nun der § 1 leg. cit. den Grundsatz ausspricht, daß die örtliche Polizeiverwaltung von den nach den Vorschriften der Gemeindeordnung dazu bestimmten Beamten, — Bürgermeistern u. s. w. — „im Namen des Königs" ausgeübt wird, so beruht dies darauf, daß das Gesetz auch die örtliche Polizeiverwaltung als einen Ausfluß der staatlichen Polizeihoheit auffaßt. Aus diesem Grundsatze folgt aber nicht, was der Kl. auch hier wiederholt geltend macht, daß der Bürgermeister, insoweit er die Ortspolizei verwaltet, als Staatsbeamter anzusehen, und diese seine Funktion als eine Königliche Verwaltung zu qualifiziren ist. Vergleiche das Ministerial-Reskript vom 28. Januar 1853 — Ministerialblatt d. i. V. p. 46 — welches den prinzipiellen Unterschied zwischen der städtischen und Königlichen Polizeiverwaltung scharf hervorhebt. Es erscheint vielmehr die Handhabung der Ortspolizei als ein auf gesetzlicher Delegation beruhendes Attribut der Gemeindeverwaltung, welches an diese geknüpft, dem von der Stadt gewählten Bürgermeister zusteht. Hiernach kann daher der Staat als **commettant** des letzteren im Sinne des Art. 1384 cit. nicht angesehen werden. II. C. S. i. S. Beck c. Fiskus vom 7. Februar 1888, Nr. 291/87 II.

20. Die Aktivlegitimation des Kl. liegt in dem unbestrittenen Cessionsvertrage, durch welchen der Bekl. sich zur Zahlung der eingeklagten Cessionsvaluta an den Kl. verpflichtet hat. Kl. klagt lediglich aus diesem obligatorischen Verhältnisse. Erst die Einrede des Bekl., daß er Gefahr laufe, das cedirte Objekt, nämlich die Kaufpreise, zu verlieren, gab Veranlassung zu der Frage, ob dem Kl. auch das Eigenthum der verkauften Grundstücke zugestanden habe. Diese Frage würde sonach selbst dann mit der Aktivlegitimation des Kl. Nichts zu thun haben, wenn man mit dem B. R. den Kl. für verpflichtet halten wollte, sich dem Bekl. gegenüber über sein Eigenthum an den verkauften Grundstücken auszuweisen. Aber eine solche Verpflichtung des Kl. besteht nach Lage der Sache überhaupt nicht. Die Käufer würden dem Verkäufer und somit auch dessen Rechtsnachfolger, dem Cessionar gegenüber gemäß Art. 1653 des B. G. B. wegen angeblicher Eigenthumsansprüche eines Dritten nur dann die Zahlung des Kaufpreises einstweilen verweigern können, wenn sie eine gegründete Ursache zu der Besorgniß hätten, daß ihnen die Grundstücke entzogen, oder doch daß sie durch eine Vindikationsklage im Genusse derselben gestört werden möchten. Einen Beweis dafür, daß auf Seiten der Käufer eine solche gegründete Besorgniß vorhanden sei, ist aber vom Bekl. nicht blos nicht geführt, sondern nicht einmal versucht worden. Er hat nicht behaupten können, daß ein dritter Eigenthumsprätendent mit Ansprüchen gegen die Käufer hervorgetreten sei. Eine bloße Möglichkeit aber, daß in Zukunft derartige Ansprüche möchten erhoben werden können, berechtigt den Käufer nach Art. 1653 nicht zur Retention des Kaufpreises. Folgeweise kann auch aus diesem Grunde der Bekl. als Cessionar der Kaufpreise nicht berechtigt sein, die Zahlung der Cessionsvaluta zu verweigern. Denn sein Einwand, daß er die cedirten Kaufpreise nicht einziehen könne, der Kl. also den Cessionsvertrag nicht erfüllt habe, ist nach Vorstehendem hinfällig. II. C. S. i. S. Schlarb c. Fuchs vom 31. Januar 1888, Nr. 286/87 II.

M.

Für die Redaktion verantw.: E. Haenle. Verlag: W. Moeser Hofbuchhandlung. Druck: W. Moeser Hofbuchdruckerei in Berlin.

Dieser Nummer liegt für die Mitglieder des Deutschen Anwalt-Vereins bei: Zur Frage der Aenderung der Gebührengesetze. Sitzung des Reichstags vom 31. Januar 1888.

№ 13. Berlin, 15. März. 1888.

Juristische Wochenschrift.

Herausgegeben von

S. Haenle, Justizrath, Rechtsanwalt in Ansbach.

und

M. Kempner, Rechtsanwalt beim Landgericht I. in Berlin.

Organ des deutschen Anwalt-Vereins.

Preis für den Jahrgang 20 Mark. — Inserate die Zeile 40 Pfg. — Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt.

Vom 9. März. Kaiser Wilhelm, der Begründer und erste Kaiser des Deutschen Reiches ist heute Vormittag verschieden. So wenig es Aufgabe eines Fachblattes sein kann, die hochbedeutende Wirksamkeit des verstorbenen Kaisers, seine großen Verdienste um das deutsche Volk und das deutsche Reich allseitig zu besprechen und hervorzuheben, so wenig kann andererseits auch ein Fachblatt an dem offenen Grabe des unvergeßlichen Fürsten vorübergehen, ohne dem schweren Verlust, den wir erlitten, Wort und Ausdruck zu geben; zumal, wenn gerade die Wissenschaft, mit der das Fachblatt sich beschäftigt, der besonderen Pflege des hohen Verstorbenen sich erfreute, unter ihm auf einen Standpunkt gehoben wurde, den sie früher noch nie im Vaterlande einzunehmen in der Lage gewesen ist. Kaiser Wilhelm, wie er der Sehnsucht der deutschen Nation nach Einigung das rechte Verständniß und die rechte kräftige That entgegenbrachte, wie er die deutschen Ideale, an deren Verwirklichung man kaum zu glauben wagte, auf das glänzendste verwirklicht hat, so hat er insbesondere dem deutschen Volk auch ein deutsches Recht gegeben. In den 17 Jahren, während welcher das deutsche Reich besteht, sind auf den verschiedensten Gebieten des Rechtes einheitliche Gesetze zu Stande gekommen und es war dem Kaiserlichen Gesetzgeber noch vergönnt, das schwere Werk eines Civilgesetzes im Entwurfe vollendet zu sehen. Nur 17 Jahre! Ein volles Jahrtausend hat die Kaiserkrone des heiligen römischen Reiches deutsche Fürsten geziert. Von Karl dem Großen bis auf unser Jahrhundert herunter hat die Geschichte Heldengestalten, Männer mit eben so vieler Umsicht als Weisheit und Energie auf dem Kaiserthrone gesehen, aber, wie weit auch ihr Scepter reichte, wie groß auch ihr Einfluß gewesen, die deutschen Stämme zu einem Rechte zu einen, wollte nie gelingen. Das Wirken Kaiser Wilhelms, das bedeutendste Blatt in dem Buche der deutschen Geschichte, bildet auch das bedeutendste Blatt in dem Buche der deutschen Rechtsgeschichte.

Der Kaiser ist todt, es lebe der Kaiser! Diese Worte, in welchen die Kontinuität der deutschen Kaiserherrschaft sich darstellt, sind gerade bei dem jetzigen tragischen Ereignisse gewiß jedem Vaterlandsfreunde auch der Ausdruck des innigsten Segenswunsches. Aus bislang wolkenlosem Himmel brachen in der jüngsten Zeit Schlag auf Schlag Schicksalsstürme der schwersten Art über die Kaiserliche Familie herein. Mag der Tod unseres Kaisers Wilhelm auf lange Zeit der letzte Schicksalsschlag gewesen sein. Der Kaiser ist todt, es lebe der Kaiser! S. H.

Inhalt.

Aufsätze für die Juristische Wochenschrift, welche acht Spalten überschreiten, können nur ausnahmsweise angenommen werden. Aufsätze, welche sich auf Angelegenheiten des Anwaltstandes und die Reichsjustizgesetze beziehen, erhalten den Vorzug.

Die Redaktion.

Vereinsnachrichten.

Die Versendung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und des dritten Bandes der Entscheidungen des Ehrengerichtshofes an die Herrn Vereinsmitglieder ist erfolgt. Erinnerungen wegen Nichtlieferung können nur bis zum 25. März 1888 Berücksichtigung finden.

Leipzig, 15. März 1888.

Mecke, Schriftführer.

Vom Reichsgericht.*)

Wir berichten über die in der Zeit vom 20. Februar bis 3. März 1888 ausgefertigten Erkenntnisse.

I. **Die Reichsjustizgesetze.**

Zur Civilprozeßordnung.

1. Nach § 236 al. 1 C. P. O. soll zwar die Rechtshängigkeit das Recht der einen oder anderen Partei, die in Streit befangene Sache zu veräußern oder den geltend gemachten Anspruch zu cediren, nicht ausschließen; nach al. 2 soll aber die Veräußerung oder Cession auf den Prozeß keinen Einfluß haben; namentlich soll der Rechtsnachfolger nicht berechtigt sein, eine Hauptintervention zu erheben. Wäre also die rechtshängige Forderung des M. an die Frau F. den Kl. cedirt, so würde der klare Wortlaut des Gesetzes einer Hauptintervention der Kl. entgegenstehen. Eine Cession an die Kl. liegt nun zwar nicht vor; die rechtshängige Forderung ist den Kl. nur nach vorhergegangener Pfändung gemäß § 736 al. 1 C. P. O. zur eigenen Einziehung überwiesen worden. Die Ueberweisung zur eigenen Einziehung steht nicht der Cession gleich; sie hat auch nicht die Wirkungen der Cession, dies ist namentlich auch aus § 737 al. 3 C. P. O. nicht abzuleiten. Der Gläubiger muß sich nach § 730 C. P. O. jeder Verfügung über die Forderung enthalten. Der Judikatgläubiger, welcher die Zwangsvollstreckung erwirkt, wird ermächtigt, die Forderung einzuziehen und den eingezogenen Betrag zu behalten, um dieselbe auf seine zur Exekution stehende Judikatforderung zu verrechnen; ihm ist eine actio utilis gegeben oder er erhält die Befugnisse eines procurator in rem suam, wie die Motive es ausdrücken; aber derjenige, gegen welchen solche Execution vollstreckt wird, hört nicht auf, Gläubiger zu sein; er bleibt Gläubiger. Wäre es also geboten, sich streng an den Wortlaut des Gesetzes zu halten, dann würde der § 236 al. 2 C. P. O. der Erhebung der vorliegenden Hauptintervention nicht entgegenstehen. Einer solchen, streng wörtlichen Auslegung und Anwendung des Gesetzes würde aber der Zweck und Grund des Gesetzes entgegenstehen. Der Bestimmung im § 236 al. 2 liegt eine sehr erhebliche Rücksichtnahme auf das Interesse des Prozeßgegners der über das Prozeßobjekt disponirenden Partei zu Grunde; durch eine solche Disposition soll die prozessuale Lage des Prozeßgegners nicht zu dessen Nachtheil alterirt, der anhängige Prozeß soll vielmehr unberührt durch eine solche Disposition, deren Gültigkeit dadurch nicht beeinflußt werden soll, unter den ursprünglichen Parteien zu Ende geführt werden. Ist also eine Forderung das Prozeßobjekt, so soll durch eine Disposition des Kl. über die litigiöse Forderung die prozessuale Lage der beklagten Partei nicht verschlechtert werden, derjenige, zu dessen Gunsten der Kl. eine solche Disposition getroffen hat, der Rechtsnachfolger, wie ihn das Gesetz bezeichnet, darf daher ohne Zustimmung der beklagten Partei weder den Prozeß als Hauptpartei statt des ursprünglichen Kl., des Rechtsvorgängers, wie ihn das Gesetz bezeichnet, übernehmen, noch eine Hauptintervention erheben; er darf vielmehr nur neben dem ursprünglichen Kl. als Neben-Intervenient an dem Hauptprozesse Theil nehmen, und auch in dieser prozessualen Stellung soll er, zur Vermeidung einer prozessualen Benachtheiligung des Bekl., nicht, was sonst aus § 66 in Verbindung mit § 236 al. 3 folgen würde, die Stellung eines Streitgenossen der Hauptpartei gemäß § 58 einnehmen; er nimmt vielmehr nur die dem Nebenintervenienten durch § 64 angewiesene Stellung ein. Der Cessionar einer rechtshängigen Forderung ist hiernach unbedenklich in der weiteren prozessualen Verfolgung der ihm cedirten Forderung nicht unwesentlich beschränkt resp. behindert; es können ihm Erklärungen aus Prozeßhandlungen des Cedenten, mit welchem er nach § 64 nicht in Widerspruch treten darf, präjudizirlich werden; aber die Rücksicht auf das Interesse des debitor cessus hat den Gesetzgeber zu dieser Beschränkung veranlaßt. Dürfte man nun nur den Wortlaut des Gesetzes zur Richtschnur nehmen, so würde derjenige, dem eine Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung zur eigenen Einziehung überwiesen ist, dem also ein geringeres Recht, als dem Cessionar, gegeben ist, doch dem debitor cessus gegenüber eine günstigere prozessuale Stellung als der Cessionar, eingeräumt werden, und das Motiv des Gesetzes, daß durch eine Disposition des Kl. die prozessuale Lage des beklagten debitor cessus nicht benachtheiligt werden soll, würde im Falle einer Forderungsüberweisung gemäß § 736 vereitelt werden. Das kann nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein; der debitor cessus muß gegenüber denjenigen, welchem eine rechtshängige Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung zur eigenen Einziehung überwiesen ist, mindestens im gleichen Maße gegen prozessuale Benachtheiligung geschützt sein, wie gegenüber dem Cessionar. Das Gesetz ist dem Willen des Gesetzgebers entsprechend dahin auszulegen, daß das Wort „Cession" als das durch Ueberweisung zur eigenen Einziehung begründete mindere Recht mit unter sich begreifend aufgefaßt wird. Dagegen, daß sein Judikatschuldner Verfügungen über die überwiesene Forderung trifft oder dieselbe einzieht, schützt ihn die Bestimmung im § 730;

*) Nachdruck ohne Angabe der Quelle verboten.

als Neben-Intervenient ist er in der Lage, den weiteren Verlauf des Prozesses zu überwachen, und mit der Beschränkung am Schlusse des § 64 alle Prozeßhandlungen wirksam vorzunehmen; er kann auch nach der Entscheidung des Prozesses gemäß § 665 eine auf seinen Namen lautende vollstreckbare Ausfertigung erwirken. (Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. 7 Nr. 100 S. 332—334.) So weit aber der Schlußsatz des § 64 eine Beschränkung in der Prozeßführung für ihn begründet, theilt er diese Beschränkung mit jedem Cessionar, und er mußte diese Beschränkung voraussehen, als er die Ueberweisung der Forderung beantragte. Es kann hiernach den Rkl. nun überlassen werden, als Nebenintervenienten die Wiederaufnahme resp. Fortsetzung des seit dem Urtheil des R. G. vom 3. Juni 1885 liegen gebliebenen Vorprozesses zu erwirken. I. C. S. i. S. Pinnos c. Meißner vom 8. Februar 1888, Nr. 378/87 I.

2. Hat auch der Vorsitzende für eine erschöpfende Erörterung der Sache Sorge zu tragen, so ist er doch nicht verpflichtet, die Parteien darauf hinzuweisen, daß sie einen von ihnen in anderer Weise angetretenen Beweis vielleicht auch durch Berufung auf bei den Akten befindliche Schriftstücke führen könnten. VI. C. S. i. S. Krause c. Gose vom 6. Februar 1888, Nr. 301/88 VI.

3. Zwar entscheidet nach § 260 der C. P. O. über die Frage, ob ein Schaden entstanden sei, das Gericht nach freier Ueberzeugung. Aber, abgesehen von der Frage der Anwendbarkeit des § 260 auf die Feststellung der Enteignungsentschädigung (vergl. Reichsgerichts-Entscheidungen Bd. 12 S. 402) handelt es sich bei der Argumentation des B. R. nicht lediglich darum, ob ein Schaden entstanden ist, sondern zunächst um Feststellung einer Thatsache, aus welcher der Richter den Schluß zieht, daß das, was in Gestalt einer durch die Enteignung veranlaßten fortdauernden Arbeitsleistung an sich einen Vermögensaufwand darstellen würde, im konkreten Falle diesen Charakter nicht hat, der Thatsache nämlich, daß wiederum in Folge der Enteignung durch Verkleinerung des Grundstückes mindestens soviel Arbeitskraft frei geworden ist, um die in Rede stehende Mehrarbeit ohne Beeinträchtigung der Wirthschaft zu leisten. Die Feststellung dieser, den Ausgangspunkt für das die Existenz eines Schadens in dem fraglichen Punkte verneinende richterliche Ermessen bildenden Thatsache, bedurfte gleich jeder anderen thatsächlichen Feststellung einer näheren Begründung im Sinne des § 259 der C. P. O. V. C. S. i. S. Jahnke c. Kreis Culm vom 25. Januar 1888, Nr. 282/87 V.

4. Gegenstand der Berichtigung im Sinne des § 290 der C. P. O. kann nur Mängel im Ausdruck des vom Richter im Urtheile Gewollten, nicht Mängel des Wollens sein, und ein Berichtigungsbeschluß, welcher diese Grenze überschreitet, kann mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden. V. C. S. i. S. Meißner und Comp. c. Zellmer vom 22. Februar 1888, Nr. 24/88 V.

5. Es ergiebt sich aus der C. P. O. § 240³ in Verbindung mit § 491, daß der Anschlußberufungskläger, welcher Abänderung des erstinstanzlichen Urtheils auch in sachlicher Beziehung beantragt hat, zweifellos befugt ist, seinen Klagantrag der Summe nach noch in der Berufungsinstanz zu erweitern. I. C. S. i. S. Rothenburg c. Koffe vom 15. Februar 1888, Nr. 388/87 I.

6. Dem B. U. kann zunächst darin nicht beigetreten werden, als sei durch ein schiedsgerichtliches Urtheil etwas rechtskräftig entschieden, solange dasselbe nicht gerichtlich hinterlegt ist. Die Formen des § 865 der C. P. O. sind wesentliche, und da das Gesetz selbst zwischen den einzelnen hier vorgeschriebenen Formen nicht unterscheidet, ist eine so wesentlich wie die andere. „Die Zustellung des Schiedsspruchs an die Parteien in einer von den Schiedsrichtern unterschriebenen Ausfertigung sowie die Niederlegung desselben auf der Gerichtsschreiberei des zuständigen Gerichts bieten eine Garantie für die Authenticität des Spruchs und konstatiren in geeigneter Weise den formellen Abschluß des Verfahrens", heißt es in der Begründung zu dieser Bestimmung des Entwurfs; deshalb darf von der Beobachtung dieser Form nicht abgesehen werden, weil sonst das, was als Spruch der Schiedsrichter ausgegeben wird, der Garantie der Authenticität entbehren würde; und so lange die Form nicht erfüllt ist, hat das Verfahren den formellen Abschluß nicht gefunden, so lange liegt ein gültiger Schiedsspruch nicht vor. — Dabei ist es natürlich völlig gleichgültig, ob aus dem unwirksamen Schiedsspruch auf Ertheilung eines Vollstreckungsurtheils geklagt wird oder ob derselbe dazu benutzt werden soll, um ein Moment des eingeklagten Anspruchs als durch rechtskräftiges Urtheil festgestellt aufzuweisen. Das Eine ist so wenig angängig wie das Andere, so lange es einen Schiedsspruch nicht giebt. Für die Auffassung des B. G. kann sich dasselbe auch nicht auf C. P. O. § 867 berufen. Freilich ist hier die Außerachtlassung der Formen des § 865 nicht als ein Grund aufgeführt, aus welchem die Aufhebung des Schiedsspruchs beantragt werden könnte. Das erklärt sich aber daraus, daß ein noch nicht existent gewordener Schiedsspruch nicht erst aufgehoben zu werden braucht. I. C. S. i. S. Cohen & Co. c. Willinck & Co. vom 11. Februar 1888, Nr. 382/87 I.

Zur Rechtsanwaltsordnung.

7. Der Rechtsanwalt A. hat bei dem O. L. G. beantragt 1, der 2c. X. das ihr ertheilte Armenrecht wieder zu entziehen, 2, eventuell ihn von der Offizialanwaltschaft für die X. wieder zu entbinden. Das O. L. G. hat beide Anträge als unbegründet zurückgewiesen. Gegen die Zurückweisung des Antrages ad 1 verstattet § 118 der C. P. O. keine Beschwerde. Den Antrag sub 2 hat der 2c. A. damit begründet, daß die 2c. X. ihm trotz widerholten Ersuchens jede zureichende Instruktion verweigert, dies auch in ungebührlicher, arroganter Weise gethan habe. Wenn nun auch dem Anwalt nach § 38 der Rechtsanwaltsordnung gegen seine Wahl zum Offizialanwalt eine Beschwerde gegeben ist und letztere im Sinne dieser Bestimmung ihm auch gegen eine Verfügung nicht zu versagen ist, durch welche seine Belassung in der ihm schon früher übertragenen Offizialanwaltschaft ausgesprochen wird, so ist doch die hier erhobene Beschwerde nicht begründet. Versagt die 2c. X. die erforderte Instruktion, so verweist sie damit den Anwalt auf das in der I. J. behandelte, dem Letzterem zugängliche Material und hat es sich selbst zuzuschreiben, wenn dieses nicht ausreicht, eine für sie günstige Abänderung des ersten Urtheils auszuwirken. Was aber die gerügte Ausdrucksweise der X. anbelangt, so kann dieselbe bei dem Bildungsstande der Schreiberin nicht in dem Maße ungebührlich erachtet werden, daß der Anwalt darin einen zureichenden Grund finden dürfte

sich der ihm übertragenen Pflicht zu entziehen. III. C. S. i. S. Tittelsbach Konk. c. Ponsel vom 31. Januar 1888, B. Nr. 5/88 III.

Zum Gerichtskostengesetz.

8. Zurückweisung einer Beschwerde über Anwendung des § 48 G. K. G. In Erwägung, daß die Frist zwischen der am 20. August 1887 erfolgten Zustellung der Vorladung zu dem Verhandlungstermine den 17. Januar 1888 und diesem Termine selbst so geräumig ist, daß die Möglichkeit, die erst im Verhandlungstermine angebrachte Anschlußberufung zeitiger anzubringen, ohne Weiteres einleuchtet, vom Beschwerdeführer auch nicht in Abrede gestellt ist; daß die Anberaumung eines anderweitigen Verhandlungstermines nach der eigenen Darstellung des Beschwerdeführers durch Einwendungen des Gegners nothwendig geworden ist, welche lediglich durch die Anschlußberufung hervorgerufen sind und auf welche der Beschwerdeführer sich nicht sofort vollständig erklären konnte; daß hiernach die eingetretene Verzögerung in der Erledigung des Rechtsstreites auf ein Verschulden des Kl. oder seines Vertreters im Sinne des § 48 des G. K. G. zurück zu führen, dieses Verschulden auch weder dadurch ausgeschlossen ist, daß die Anschlußberufung noch im Termine den 17. Januar d. J. (zur Vermeidung der Nichtberücksichtigung) erhoben werden durfte, noch dadurch, daß der Vertreter des Kl. nach seiner Information die erhobenen Einwendungen nicht erwartet oder doch deren Erheblichkeit nicht angenommen hat, zumal er sich der Möglichkeit, daß Einreden erhoben und vom Richter für erheblich würden erachtet werden, und der ferneren Möglichkeit, durch zeitigere Einlegung der Anschlußberufung auch dem Gegner die Gelegenheit zu zeitigerer Anbringung seiner Einwendungen und dann sogar sich selbst die Gelegenheit zur weiteren Informations-Einziehung noch vor dem Termine den 17. Januar d. J. zu schaffen, nicht verschließen durfte. V. C. S. i. S. Zeche Victoria Mathias c. Wiebe vom 11. Februar 1888, B. Nr. 20/88 V.

II. Das Handelsrecht.

9. Das B. G. leugnet zu Unrecht, daß Bekl. die Firma gebraucht haben. Dieser Gebrauch liegt darin, daß die Bekl. diese Firma als die ihrige unter der nach Art. 19 des H. G. B. erforderlichen Zeichnung derselben zum Handelsregister mit dem Erfolge der Eintragung derselben angemeldet haben. Das Handelsregister ist nicht dazu bestimmt, die bloße Möglichkeit dereinst entstehender Verhältnisse anzukündigen oder gar, was eine Firma betrifft, Jemandem für solche das Recht der Ausschließung Anderer, wie es Art. 20 gewährt, blos auf den Fall künftiger Entschließung zu ihrem Gebrauch zu sichern. Verhältnisse, welche bereits begründet sind oder mindestens mit der Anmeldung begründet werden, sollen als solche durch die Eintragung und deren Bekanntmachung kundgegeben werden. Wenn es im Art. 19 des H. G. B. heißt, daß jeder Kaufmann verpflichtet ist, seine Firma anzumelden, so ist damit ausgedrückt, daß der Betreffende anmelde und für das Publikum kundgeben wolle, daß er Kaufmann sei und unter dieser Firma seine Geschäfte betreibe. Daß nach der Ansicht des Gesetzes der durch das Handelsregister kundgegebene Zustand für das Publikum als ein gegenwärtiger zu erscheinen hat, ergiebt sich insbesondere auch daraus, daß, sofern die Errichtung einer Handelsgesellschaft einmal zur Eintragung gelangt ist, die Vereinbarung, wonach die Gesellschaft mit einem späteren Zeitpunkte als dem der Eintragung ihren Anfang nehmen soll, gegen Dritte keine Wirkung hat. Vergleiche Art. 110 Abs. 2, 163 Abs. 2 des H. G. B. Hat aber die Anmeldung der Firma die Bedeutung, daß, wenn derselben Folge gegeben wird, dadurch die Kundgebung erfolgt, daß der Anmeldende seine Geschäfte im Handel unter diesem Namen betreibe, so ist diese Anmeldung mit dem gedachten Erfolge eben bereits ein Gebrauch dieser Firma und es kann darauf, ob der Betreffende auch wirklich nachher ein Geschäft unter dieser Firma abgeschlossen oder die Firma als seine Unterschrift gegeben hat, nicht ankommen. Freilich ist die Aufgebung einer Firma, während dieselbe noch im Handelsregister ungelöscht ist, möglich. Allein, daß eine solche nicht stattgefunden hat, ergiebt sich gerade aus der Benutzung der Firma, beziehentlich Marke, zur Waarenbezeichnung Seitens der Beklagten, die lediglich in dem Firmeneintrag ihre Stütze hat, vergleiche § 1 des R. Ges. über Markenschutz vom 30. November 1874, und die, wenn sie auch selbst einen Firmengebrauch im Sinne des Art. 27 des H. G. B. nicht zu begründen vermag, doch sehr wohl geeignet ist, die Aufhebung der einmal in Gebrauch genommenen Firma zu widerlegen. Stellt aber die Anmeldung zur Eintragung mit dem Erfolge der Eintragung den Gebrauch der Firma dar, so ergiebt sich der Anspruch auf Löschung ohne Weiteres aus dem Anspruch auf Untersagung des Gebrauchs. Was aber die Frage anlangt, ob Kläger durch diesen unbefugten Gebrauch der Firma in seinen Rechten verletzt ist, so bedarf es auch hier einer Prüfung nicht, ob im Einklange mit den Ausführungen in dem in den Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. VII, S. 279 folg. abgedruckten Urtheile des zweiten C. S. auch für den vorliegenden Fall schon aus der befugten Führung des betreffenden Familiennamens Seitens des Kl. ein Verbietungsrecht gegen die Bekl., welche unbefugt denselben Familiennamen mit anderen Vornamensbuchstaben als Firma gebrauchen, herzuleiten ist. Zur Annahme, daß Kl. in seinen Rechten verletzt ist, genügt es, daß das ganze Verhalten der Bekl., dessen objektive Unbefugtheit unzweifelhaft ist, weil der betreffende Name nicht der ihrige ist und sie von demjenigen, von welchem sie ihn ableiten, kein Geschäft erworben haben, darauf abzielt, mittels dieses unbefugten Gebrauchs der ähnlichen Firma in das Absatzgebiet des Kl., das sich dieser in Bethätigung des Handelsbetriebes unter seiner Firma seit langen Jahren errungen hat, auf dem Wege von Irreleitungen des Publikums einzugreifen und daher denselben im berechtigten Genusse wirthschaftlicher Güter zu stören. Solche arglistige Antastung eines Rechtsgutes des Kl. enthält eine Verletzung seiner Rechte. I. C. S. i. S. Wallerstein c. Faber vom 11. Januar 1888, Nr. 329/87 I.

10. Für die Auslegung, daß der zweite Abs. des Art. 215d H. G. B. nach der Fassung im Gesetze vom 18. Juli 1884 auch anwendbar sei, wenn vor der Geltung dieses Gesetzes von der Gesellschaft die vertragsmäßige Verpflichtung zur Einlösung ihrer Aktien übernommen worden ist, spricht der durch die Motive unterstützte Wortlaut des Gesetzes. Dessen ganz allgemein lautender Ausspruch: „Die Gesellschaft darf ihre Aktien nur aus dem nach der jährlichen Bilanz sich ergebenden Gewinne amortisiren,“ stellt sich als ein Verbot nicht blos einer neuen Vereinbarung einer Amortisation dar

zu welcher die Mittel dem Kapitale entnommen werden müßten, sondern jeder künftigen Verwendung des Kapitals oder früherer Reingewinne zur Einziehung eigener Aktien. Der Gesetzgeber hat, wie sich aus den Motiven ergiebt, diese Verschärfung deshalb für geboten erachtet, weil sonst der Gesellschaft die Möglichkeit verliehen wäre, sich von ihren Schulden zu befreien. Es handelt sich dabei nicht blos um ein Interesse der Gläubiger, dessen Wahrnehmung diesen überlassen bleiben soll, sondern um das öffentliche Interesse des Staates daran, daß das Vermögen einer Aktiengesellschaft den Gläubigern nicht durch leichtfertige oder gar betrügerische Amortisation entzogen, auf diese Weise der finanzielle Ruin Vieler herbeigeführt und der öffentliche Credit zum Schaden der Gesammtheit erschüttert werde. Diese Rücksicht auf das öffentliche Wohl ergiebt sich auch aus der Erwägung in den Motiven, daß, wenn auch von der Gesellschaft vorher auf den Eintritt dieser Benachtheiligung hingewiesen wäre, doch kaum anzunehmen sein werde, daß dies die Gläubiger thatsächlich erfahren haben. Die Fürsorge des Gesetzes wird demnach auch hinsichtlich Derjenigen für geboten erachtet, welche nicht die nöthige Sorgfalt aufgewendet haben, um vor der Creditgewährung an eine Aktiengesellschaft deren statutarische oder vertragsmäßige Bestimmungen über Amortisation kennen zu lernen; weil das Wohl der Gesammtheit in Betracht kommt, wird die Anwendung des Grundsatzes der l. 24 i. f. D. 42. 8 „jus civile vigilantibus scriptum est" (auf welchen Ring, Commentar S. 600 sich beruft) abgelehnt. Mit dieser Auslegung stimmt auch die Rechtsprechung des R. O. H. G. betreffs der Rückwirkung des Art. 215 H. G. B. Abs. 3 in seiner früheren Fassung überein. Dasselbe hat zwar in einem (von Renaud Aktiengesellschaft S. 901 gebilligten, von Thöl, Praxis des Handels- und Wechselrechts S. 39 getadelten) Urtheile vom 13. Oktober 1871, Entscheidungen Bd. III S. 331 ff. die Rückwirkung verneint, ist aber in einem Urtheile vom 7. Mai 1875 (Entscheidungen Bd. XVII Nr. 87 S. 386) von dieser Ansicht wieder abgegangen. II. C. S. i. S. Kapfer c. Chemische Fabrik Rheinau vom 17. Februar 1888, Nr. 304/87 II.

11. Beim Kauf nach Probe dient die Probe zur Bestimmung der Beschaffenheit der Waare. Dies kann im einzelnen Fall mehr oder weniger premirt werden. Es lassen sich Fälle denken, in denen die absolute Uebereinstimmung der Waare mit der Probe gewollt ist. Mindestens wird aber die Absicht der Kontrahenten, insbesondere die hier wesentlich maßgebende des Käufers die sein, daß die zu liefernde Waare diejenige Beschaffenheit habe, welche aus der Probe zur Zeit des Vertragsabschlusses erkannt wird. Die Hauptverschiedenheit beider Auffassungen ist die, daß im zweiten Fall heimliche Mängel der Probe nicht als eine Eigenschaft der zu liefernden Waare gewollt sind, daß also die derartige heimliche Mängel tragende Waare nicht als vertragsmäßig erscheint. Unter die heimlichen Mängel fallen zwar auch diejenigen, welche wegen der Kleinheit der Probe an dieser nicht entdeckt werden können. Allein bei diesen kommt noch ein besonderes Moment in Betracht. Ist der Käufer Sachverständiger und weiß er als solcher, daß ein gewisser Mangel an der in Rede stehenden Waare häufig vorkommt, aber an der Probe gewöhnlich nicht oder doch nur schwer zu entdecken ist, so erfordert die gewöhnliche Sorgfalt, daß er das Nichtvorhandensein dieses Mangels ausdrücklich stipulirt. Thut er das nicht, so wird der Verkäufer zu der Annahme berechtigt sein, daß der Käufer entweder die betreffende Eigenschaft nicht als Mangel ansieht, oder daß er sich vom Nichtvorhandensein desselben in der Probe überzeugt zu haben glaubt. I. C. S. i. S. Züiger c. Liefmann Söhne vom 5. November 1887, Nr. 242/87 I.

12. Das H. G. B. erklärt in Art. 451 und 736 den Rheder nur verantwortlich für den Schaden, welchen eine Person der Schiffsbesatzung einem Dritten in Ausführung ihrer Dienstverrichtungen zufügt, und rechnet in Art. 445 zur Schiffsbesatzung den Schiffer, die Schiffsmannschaft und alle übrigen auf dem Schiffe angestellten Personen, wobei die Verfasser des Gesetzes unter den Letzteren nur solche Personen vor Augen gehabt zu haben scheinen, welche auf dem Schiffe in einem dauernden Dienstverhältnisse stehen und auf welche die Bestimmung des Art. 554 H. G. B. anwendbar ist. Vergl. Entscheidungen des R. G., Bd. 13 S. 114 ff. Aus dem Gesetze selbst ergiebt sich aber eine solche Beschränkung keineswegs und wie die Rechtsprechung deshalb allgemein angenommen hat, daß der, nur zu einer vorübergehenden Dienstleistung angenommene Lootse in hier fraglichen Beziehung als zur Schiffsbesatzung gehörig anzusehen sei, ist dies in der vorstehend erwähnten Entscheidung vom R. G. auch bereits auf solche Personen angewendet, welche während des Aufenthaltes des Schiffes in einem Hafen nach der Entlassung der alten und vor der Annahme einer neuen Schiffsmannschaft im Auftrage des Rheders oder Schiffers auf dem Schiffe Dienste verrichten, die in den Kreis der sonst von der Mannschaft, dem Maschinenpersonal u. s. w. auszuführenden Thätigkeit fallen. Es entspricht dies der ratio des Gesetzes; denn die Materialien zum H. G. B. ergeben, daß man im Interesse der Sicherheit des Verkehres und mit Rücksicht auf die älteren deutschen sowie auf neuere fremde Seegesetze von den gemeinrechtlichen Grundsätzen über die Haftung des Mandanten für seine Mandatare abweichen und den Rheder ohne Rücksicht auf eignes Verschulden mit Schiff und Fracht für denjenigen Schaden haftbar machen wollte, welchen das Schiff, d. h. eine im Dienste des Rheders zu Schiffszwecken thätige Person, in Ausführung ihrer Dienstverrichtungen einem Dritten zufügt. Dieselbe ratio führt nun aber auch dazu, daß es als unerheblich erscheint, ob eine solche Person auf dem Schiffe selbst oder außerhalb desselben seine Thätigkeit ausübt. Zwar spricht der Art. 445 H. G. B. nur von auf dem Schiffe angestellten Personen, wozu allerdings der Schiffer und die Mannschaft eines Schleppdampfers, welches sich das Schiff bedient, dem Wortlaute nach nicht zu gehören scheinen. Allein auf die hervorgehobenen Worte kann ein erhebliches Gewicht überhaupt nicht gelegt werden. Die Entstehungsgeschichte des Art. 445 ergiebt, daß derselbe erst in dritter Lesung lediglich zur Vermeidung fortwährender Wiederholungen der Worte „des Schiffers und der Schiffsmannschaft" ohne irgend welche weitere Motivirung und gewiß auch ohne die Absicht, daß durch den Zusatz „sowie alle übrigen auf dem Schiffe angestellten Personen" etwas Anderes als eine Erweiterung des Begriffes der „Schiffsbesatzung" ausgesprochen werden sollte, in den Entwurf des Gesetzes aufgenommen ist. Der Sinn dieser Worte kann hiernach nur dahin verstanden werden, daß außer dem Schiffer und der eigentlichen Schiffsmannschaft im engeren Sinne auch alle

sonstigen zu Schiffszwecken von dem Rheder oder Führer des Schiffes verwendeten Personen zu rechnen seien. Mögen nun auch die Verfasser des Gesetzes hierbei an den Fall, daß das Schiff sich zu seiner Fortbewegung nicht der eignen Segel oder Maschinenkraft bedient, sondern dazu die Dienste eines Schleppdampfers benutzt, nicht gedacht haben, so führt hiernach die Analogie des Gesetzes doch dahin, den Rheder im Sinne der Art. 451 und 736 H. G. B. auch für das Versehen von Personen der Besatzung dieses Schleppdampfers für haftbar zu erachten und die Besatzung desselben insoweit als zur Besatzung des geschleppten Schiffes selbst gehörend anzusehen. Wie es im Sinne des Gesetzes bezüglich der Haftung des Rheders keinen Unterschied machen kann, ob z. B. der Schiffer im Hafen an Bord oder vom Lande aus schuldhafter Weise einen in seine Dienstverrichtungen fallenden Befehl ertheilt, durch dessen Ausführung ein Dritter beschädigt wird, und ob ein vom Schiffer angenommener Lootse sich an Bord des Schiffes selbst oder des vom Schiffer engagirten Schleppdampfers befindet, während er ein fehlerhaftes Kommando ertheilt, durch dessen Ausführung der Zusammenstoß mit einem anderen Schiffe verursacht wird, so erscheint es nur konsequent, den Rheder auch für die Versehen der Besatzung des angenommenen Schleppdampfers haften zu lassen, welche dadurch temporär materiell in dem Dienste des geschleppten Schiffes, respektive des Rheders desselben steht. Mit Recht hat das B. G. es in seiner früheren Entscheidung eines ähnlichen Falles (Hanseatische Handelsgerichtszeitung, Jahrgang 1887 Nr. 16) als ausschlaggebend hingestellt, daß das geschleppte Schiff sich — in seinem respektive des Rheders Interesse — der bewegenden Kraft des Schleppers bedient und damit freiwillig der eignen freien Bewegung entsagt, um mit dem Schlepper einen Schleppzug zu bilden. Denn der den Art. 451 und 736 in Verbindung mit Art. 452 H. G. B. zum Grunde liegende Gedanke geht dahin, daß Rheder, welcher in seinem Interesse ein Dritten Gefahr bringendes Gewerbe mit Hülfe anderer Personen ausübt, Dritten gegenüber für den von diesen in seinem Dienste handelnden Personen schuldhaft verursachten Schaden mit Schiff und Fracht zu haften hat. Es liegt daher kein Grund vor, ihn von dieser Haftung als befreit anzusehen, wenn er oder sein Vertreter, der Schiffer, unter gänzlicher oder doch theilweiser Aufgabe der an sich der eignen Schiffsbesatzung obliegenden nautischen Handhabung des Schiffes es vorzieht, den Kreis seiner Bediensteten dadurch zu erweitern, daß er sich zur Fortbewegung eines zweiten Fahrzeuges und der auf diesem angestellten Personen bedient. Abweichend von der Französischen Auffassung, nach welcher, wenn ein Schiff sich von einem anderen schleppen läßt, der Rheder jedes Schiffes nur für die Fehler der Besatzung seines eigenen Schiffes haftet, betrachtet mit gutem Grunde die Englische Rechtsprechung und Literatur den Rheder des bugsirten Schiffes für die Versehen der Besatzung des Schleppdampfers ebenfalls als verantwortlich, indem der Letztere als der „Servant“ des geschleppten Schiffes und beide Schiffe gewissermaßen als Ein Schiff angesehen werden, bei welchem sich die bewegende Kraft an Bord des Schleppers (Tug) und die Leitung (governing power) an Bord des geschleppten Schiffes befindet. Vergl. hierüber Maude & Pollack, Law of Merchant Shipping (IV. Edit.) Vol. I pag. 614, Marsden, the Law of Collisions at Sea, pag. 189 bis 197 und Pritchards Admiralty Digest (III. Edit.) Vol. I Nr. 405 und 417. Daß die Annahme der Haftung des Rheders des Letzteren auch für die Besatzung des Schleppers praktisch den Vorzug verdient, wird auch von Ehrenberg (Beschränkte Haftung des Schuldners, S. 227 und 228) anerkannt, welcher dieselbe nach Deutschem Rechte nur aus dem nach Vorstehendem unzureichenden Grunde verneinen zu müssen glaubt, weil jedes Schiff seine besondere Besatzung habe und man nicht sagen könne, daß die auf dem einen angestellten Personen mit zur Besatzung des anderen gehören. I. C. S. i. S. Botten c. Anglia vom 21. Dezember 1887, Nr. 313/87 I.

13. Die Annahme des B. G. entspricht dem bei der Seeversicherung allgemein geltenden Grundsatze, daß formelle Mängel der Condemnation durch einen später zu führenden Beweis des Versicherten nicht ausgeglichen werden können. Vergleiche Entscheidungen des R. O. H. G. Bd. 3, S. 90 ff., Bd. 4, S. 88 ff. und Bd. 16, S. 110. I. C. S. i. S. Telge u. Hinternhoff c. Rh.-Westph. Lloyd u. Gen. v. 15. Oktober 1887.

III. Sonstige Reichsgesetze.

Zur Reichsgewerbeordnung.

14. Die Befugniß zum selbstständigen Betriebe eines stehenden Gewerbes (Tit. II. der Gew. O.) begreift das Recht in sich, in beliebiger Zahl Gehülfen anzunehmen (§ 41 der Gew. O.), ferner, das Gewerbe auch außerhalb des Gemeindebezirks seiner gewerblichen Niederlassung auszuüben, unbeschadet der den „Gewerbebetrieb im Umherziehen“ betreffenden Bestimmungen des dritten Tit. (§§ 55—63) der R. Gew. O. Nach diesen Bestimmungen ist zwar der Unternehmer einer gewerblichen Niederlassung auch außerhalb des Gemeindebezirks seines Wohnorts ohne Begründung einer gewerblichen Niederlassung und ohne vorgängige Bestellung „in eigner Person“ Waaren feilzubieten befugt (§ 55 Nr. 1); aber er bedarf dazu eines Wandergewerbescheines. Dieser Wandergewerbeschein darf einem Anderen nicht zur Benutzung überlassen werden (§ 60d. Abs. 1) und wer für einen Anderen ein Gewerbe im Umherziehen zu betreiben beabsichtigt, unterliegt für seine Person den Bestimmungen dieses Gesetzes (§ 60d. Abs. 2); er bedarf also für seine Person eines Wandergewerbescheins nach § 55. Man bedarf zwar nach § 59 Ziffer 2 eines Wandergewerbescheins nicht, wer in der Umgegend seines Wohnorts bis zu 15 Kilometer Entfernung von demselben selbstgefertigte Waaren, welche zu den Gegenständen des Wochenmarktverkehrs gehören, feilbietet, und zu den Gegenständen des Wochenmarktverkehrs rechnet § 66 Ziffer 8 u. A. frische Lebensmittel aller Art. Demzufolge geht auch das B. G. davon aus, daß die von den Brotfrauen des Kl. feilgehaltenen Backwaaren desselben zu denjenigen Gegenständen des Wochenmarktverkehrs gehören, welche nach § 59 Ziffer 2 von dem Kläger auch ohne Wandergewerbeschein feilgeboten werden durften. Das B. G. stellt ferner fest, daß die Brotfrauen des Kl. die Backwaaren nicht im eignen Namen, sondern als Stellvertreter des Kl. verkauft haben, und es prüft deshalb, ob und inwieweit nach der R. Gew. O. ein Gewerbebetrieb im Umherziehen durch Stellvertreter ausgeübt werden könne. Das Gericht nimmt an, im Gegensatze zu der Gew. O. für den Norddeutschen Bund vom 21. Juni

1869 (Bundesgesetzblatt S. 245) gestatte die R. Gew. O. den Gewerbebetrieb durch Stellvertreter auch bezüglich der selbstverfertigten Waaren des Wochenmarktverkehrs nicht. Es wird ausgeführt, der § 62 der Gew. O. von 1869, welcher vorschrieb, daß der Gewerbebetrieb im Umherziehen nicht durch Stellvertreter ausgeübt werden dürfe, habe hiervon u. A. den Verkauf selbstverfertigter Waaren, welche zu den Gegenständen des Wochenmarktverkehrs gehören — darunter frische Lebensmittel aller Art sofern der Verkauf innerhalb der von der Polizeibehörde näher zu bestimmenden Umgegend des Wohnorts erfolgte, ausdrücklich ausgenommen; die R. Gew. O. dagegen habe zwar das Verbot der Stellvertretung beim Gewerbebetriebe im Umherziehen, nicht aber die Ausnahme aufgenommen. Aus dieser Abweichung der beiden Gesetze wird gefolgert, daß die R. Gew. O. den Gewerbebetrieb durch Stellvertreter auch bezüglich der selbstverfertigten Waaren des Wochenmarktverkehrs nicht gestatte. Dem ist beizutreten. Wird näher begründet IV. C. S. i. S. Schadwinkel c. Buchholz vom 2. Februar 1888, Nr. 286/87 IV.

Zum Reichsgesetz vom 11. Juni 1870.

15. Was die Frage betrifft, ob das Abschreiben von Schriftwerken und musikalischen Kompositionen gemäß § 4 Abs. 3 des R. Ges. vom 11. Juni 1870 nur dann als Nachdruck anzusehen ist, wenn die Abschriften in mehreren Exemplaren hergestellt sind oder doch die Absicht auf die Herstellung mehrerer Exemplare gerichtet war, oder ob hierzu, auch ohne daß letztere Absicht vorhanden ist, eine Einzelabschrift genügt, sofern dieselbe mit der Absicht der Verbreitung hergestellt ist, so ergiebt sich aus dem im reichsgerichtlichen Urtheil vom 25. Mai 1886, sowie im B. U. zusammengestellten Material, daß die Entstehungsgeschichte der fraglichen Bestimmung gegen die Auslegung des B. R. spricht. Vor dem Gesetz vom 11. Juni 1870 war die überwiegende Meinung, daß das Abschreiben, selbst wenn es gewerbsmäßig und gegen Lohn stattfindet, nicht unter den Begriff des Nachdrucks falle; im Entwurf der vom vormaligen Deutschen Bundestag einberufenen Frankfurter Kommission und in dem auf der Grundlage desselben entstandenen Bayerischen Gesetz vom 28. Juni 1865 war sogar eine ausdrückliche dahin gehende Bestimmung enthalten (Art. 5 des Bayerischen Gesetzes und dazu der Kommentar von Mandry S. 53, 56, 135). Daß bei dem § 4 Abs. 3 des R. Ges., der sich wörtlich gleichlautend bereits im Bundesrathsentwurf findet, weder von Seiten der Bundesregierungen noch innerhalb des Reichstages beabsichtigt worden ist, die Einzelabschrift untersagen zu wollen, geht aus den Motiven und Reichstagsdebatten unzweideutig hervor. Hinzuweisen ist in dieser Beziehung aber auch auf § 6 Nr. 1 des Gesetzes vom 9. Januar 1876, welcher bestimmt, daß bei Werken der bildenden Künste die ohne die Absicht der Verwerthung angefertigte Einzelkopie nicht als unbefugte Nachbildung gelten solle. Eine ähnliche Bestimmung war schon in dem auf Werke der bildenden Künste bezüglichen, vom Reichstag ausgeschiedenen Abschnitt V des Bundesrathsentwurfs von 1870 enthalten (§ 61). Die Differenzen der damals vorgeschlagenen von der gegenwärtig geltenden Vorschrift kommen hier nicht in Betracht; die Beschränkung der gedachten Bestimmung auf die Werke der bildenden Künste läßt ebenfalls erkennen, daß Einzelkopien von Schriftwerken schlechthin, mögen sie mit oder ohne Absicht der Verwerthung angefertigt sein, als außerhalb des Bereiches des Nachdrucks liegend betrachtet worden sind. Wenn nun auch die Absicht des Gesetzgebers bei der Auslegung des Gesetzes nicht unbedingt entscheidet, vielmehr das Gesetz zunächst aus sich selbst heraus erklärt werden muß, so führt doch im vorliegenden Fall die unmittelbar von der gesetzlichen Bestimmung ausgehende Interpretation zu keinem anderen Ergebniß als die Entstehungsgeschichte. Nach § 4 Abs. 3 a. a. O. ist „als mechanische Vervielfältigung auch das Abschreiben anzusehen, wenn es dazu bestimmt ist, den Druck zu vertreten.“ Im Hinblick darauf, daß, wo das Gesetz sonst von einer mechanischen Vervielfältigung spricht, immer an die Herstellung einer Mehrheit von Exemplaren oder eine hierauf gerichtete Absicht zu denken ist, erscheint es geboten, auch in der eben angeführten Bestimmung den Ausdruck „mechanische Vervielfältigung“ in diesem Sinne zu verstehen ist. Es ist hiergegen geltend gemacht worden, daß das in der Urheberschaft enthaltene immaterielle Gut, wie der vorliegende Fall zeigt, unter Umständen auch durch eine Einzelabschrift geschädigt werden kann. Dies ist richtig, allein die Möglichkeit einer solchen Schädigung besteht auch in anderen Fällen, in denen der dem Urheberrecht durch das R. Ges. gewährte Schutz ebenfalls versagt. Wenn man, wozu Kohler, der Hauptvertreter der vom B. R. gebilligten Ansicht nach seinen Ausführungen im Autorrecht S. 230 und in einer neuerdings in Busch, Archiv für Handels- und Wechselrecht Bd. 47 S. 362 veröffentlichten Abhandlung allerdings geneigt scheint, alle derartige Fälle dem Nachdrucksverbot unterstelle, so werden, indem man aus dem vermeintlichen Prinzip des Gesetzes Folgerungen ableitet, Ansichten und Wünsche in Betreff der lex ferenda an die Stelle des bestehenden Rechtes gesetzt. Wie aus dem Thatbestande hervorgeht, hat der B. R. seine Entscheidung außer dem bisher erörterten noch auf einen zweiten Grund gestützt. Er führt aus, daß die einzelnen Stimmen einer Partitur nicht in dem Sinne Theile eines Werkes seien wie ein einzelnes Lied, ein einzelner selbständiger Gedanke aus einem größeren Ganzen, sondern daß dieselben den Zweck haben und erfüllen, den Mitspielenden die Partitur zu ersetzen, daß sie sich mithin sämmtlich als auszugsweise Veröffentlichungen der Partitur charakterisiren. Wie es scheint, ist der B. R. der Ansicht, daß von diesem demnächst noch eingehenden begründeten Standpunkt aus ein Konflikt mit den Rechtsansichten des dritten Straffenats des R. G. vermieden werde. Dies ist nicht zutreffend, denn die hier entscheidende Frage, ob die Abschriften verschiedener Stimmen einer Partitur sich sämmtlich als Abschriften eines Gesammtwerks (der Partitur) darstellen und deswegen, auch wenn jede Stimme nur einmal abgeschrieben ist, als eine mehrfache Abschrift der Partitur selbst anzusehen sind, ist vom dritten Straffenat in einem Urtheil vom 13. Juli 1887 verneint, vom B. R. bejaht worden. Auch bezüglich dieser Frage kann indeß die Auffassung des B. U. nicht gebilligt werden. Daß die einzelnen Stimmen Bestandtheile des Ensembte sind, daß sie nicht aus demselben herausgenommen werden können, ohne die Melodie oder Harmonie zu stören oder die beabsichtigte Klangwirkung zu ändern, ist für die Vorführung des Werkes von Bedeutung, hindert aber nicht, die Stimmen da, wo es sich um die Reproduktion durch den Druck oder durch Abschriften handelt, als Theile der Partitur anzusehen. Ebensowenig ist ersichtlich, wie die Ansicht des B. R. dadurch gerechtfertigt werden soll, daß die einzelnen Stimmen die Tempobezeichnung, die Angabe der Pausen, die dynamischen Vorzeichen enthalten. Wäre diese Ansicht richtig, so müßte es konsequent auch als mehrfache Abschrift eines Schauspiels gelten, wenn die einzelnen Rollen aus demselben, jede nur ein Mal, ausgeschrieben werden. I. C. S. i. S. Neumann c. Fürstner vom 1. Februar 1888, Nr. 371/87 I.

IV. **Das Gemeine Recht.**

16. Der beklagte Ehemann verweigert der klagenden Ehefrau die Wiederaufnahme in die Ehe wegen ihres Verhaltens gegen ihn, durch das sie ihm das Recht gegeben habe, auf zeitliche Trennung von Tisch und Bett zu klagen, ohne daß er jedoch diese Trennung widerklagend verlangt. Der B. R. hält diese Einrede für rechtlich unbegründet, weil der Anspruch auf zeitliche Trennung nicht geeignet sei, in Form der Einrede der Klage auf eheliche Folge resp. Wiederaufnahme wirksam entgegengesetzt zu werden. Dieser Ansicht war nicht beizutreten, vielmehr wie bisher cf. Entscheidungen des R. G. Bd. 6 pag. 151, Bd. 15 pag. 192 daran festzuhalten, daß ein zur zeitlichen Ehetrennung berechtigendes, weil die eheliche Gemeinschaft zur unerträglichen Last machendes Verhalten eines Gatten dem andern auch eine Einrede gegen die Klage auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft gewährt. Wird eingehend begründet. III. C. S. i. S. Holdschuh c. Holdschuh vom 24. Januar 1888, Nr. 285/87 III.

17. Daß die einer Reallast gegenüberstehende Gerechtsame nicht vermöge rechtlicher Nothwendigkeit mit einem (herrschenden)

Grundstück unzertrennlich verbunden sein muß, daß sie vielmehr recht wohl einer Person, selbst einer physischen, zustehen kann, verkennen auch die Rkl. nicht und kann überhaupt nicht bezweifelt werden. Andererseits nehmen die Vorderrichter zu ihren Quasten an, daß wo Gerechtsame und Last einem meierrechtlichen Verbande ihre Entstehung verdanken, die erstere als Realrecht mit dem Gute unzertrennlich verbunden ist, dergestalt, daß sie von diesem nicht einseitig und willkürlich getrennt und auf ein anderes Subjekt übertragen werden kann. Sie verneinen aber jenen Entstehungsgrund, weil ein meierrechtlicher Verband in dem Landestheile, in welchem das klägerische Gut und die beklagtischen Bauerstellen gelegen sind, nicht bestanden habe. Hierin liegt eine thatsächliche Feststellung, welche durch Bezugnahme auf Geschichtsquellen nicht anfechtbar ist. III. C. S. i. S. Lösekamm und Gen. vom 31. Januar 1888, Nr. 251/87 III.

18. Das B. G. anerkennt, daß der Anspruch des Kl. auf Fortzahlung seiner Pension nach Braunschweigischem Landrechte als verwirkt anzusehen ist, auch nicht aus dem Ministerialreskripte vom 24. (19.) Mai 1870 begründet werden kann und macht die Entscheidung über den Anspruch von der Beantwortung der Streitfrage abhängig, ob dergleichen landesgesetzliche, den Verlust der Pension als Nebenstrafübel anordnende Vorschriften, insbesondere wenn sie in solchen Gesetzen ꝛc. enthalten sind, welche die Regelung der Beamtenverhältnisse zum Gegenstande haben, noch neben dem Reichsstrafgesetzbuche Geltung haben. Indem es sich der verneinenden Ansicht anschließt, diese auch gegen das in den Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. II. S. 66 abgedruckte reichsgerichtliche Erkenntniß aufrecht halten will, erachtet es die Berufung gegen das die Klage abweisende landgerichtliche Urtheil für begründet und verurtheilt den Bekl. nach dem Klagantrage. Schon die Hinweisung auf die abweichende Ansicht des R. G. läßt erkennen, daß das B. G. den Pensionsverlust, welcher nach der zum Staatsdienstgesetze von 1832 ergangenen Novelle vom 22. Dezember 1870 in Maßgabe der Auslegung des B. G. für den pensionirten Beamten dann eintritt, wenn ihn, falls er noch im Dienste gewesen, Absetzung nach § 10 der Novelle betroffen haben würde (der vorliegende Fall, weil dem Kl. durch Strafurtheil die Ehrenrechte auf drei Jahre aberkannt worden sind) keineswegs auf eine die Pensionsentziehung als Strafe androhende oder als weitere Straffolge anordnende Bestimmung des Braunschweigischen Landesstrafrechts zurückführt, da ja solche Bestimmungen des Landesstrafrechts auch nach Annahme jenes reichsgerichtlichen Urtheils außer Kraft getreten sind, daß es vielmehr ohne Feststellung einer solchen landesstrafrechtlichen Vorschrift die Streitfrage entscheidet, ob landesgesetzliche Bestimmungen, welche, sei es auch im Staatsdienstgesetze, den Pensionsverlust unter bestimmten Voraussetzungen eintreten lassen, durch das Reichsstrafgesetz beseitigt worden sind. Der erkennende Senat kann auch jetzt eine Außerkrafttretung dieser Bestimmungen nur in dem Falle annehmen, daß der Pensionsverlust nach dem Landesrechte als Strafe angedroht oder als weitere landesstrafrechtliche Straffolge angeordnet worden ist. (Wird näher begründet.) III. C. S. i. S. Finanzkollegium zu Braunschweig c. Schrader vom 31. Januar 1888, Nr. 260/87 III.

(Schluß folgt.)

Für die Redaktion verantw.: E. Haenle. Verlag: W. Moeser Hofbuchhandlung. Druck: W. Moeser Hofbuchdruckerei in Berlin.

№ 14. Berlin, 23. März. 1888.



Juristische Wochenschrift.

Herausgegeben von

S. Haenle, Justizrath, Rechtsanwalt in Ansbach.

und

M. Kempner, Rechtsanwalt beim Landgericht I. in Berlin.

Organ des deutschen Anwalt-Vereins.

Preis für den Jahrgang 20 Mark. — Inserate die Zeile 40 Pfg. — Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt.

Inhalt.

Aufsätze für die Juristische Wochenschrift, welche acht Spalten überschreiten, können nur ausnahmsweise angenommen werden. Aufsätze, welche sich auf Angelegenheiten des Anwaltstandes und die Reichsjustizgesetze beziehen, erhalten den Vorzug.

Die Redaktion.

Vereinsnachrichten.

Dem Unterzeichneten sind im Laufe der letzten Tage verschiedene Erinnerungen, eine aus Berlin mit den Eingangsworten: „Wir wundern uns sehr" und der Unterschrift „mehrere Collegen" darüber zugekommen, daß der Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs noch nicht geliefert sei. Zwar sind die Erinnerungen nunmehr erledigt, ich bemerke aber zur Aufklärung, daß Guttentag's Verlag zunächst die Lieferung bis 25. Februar d. Js. ankündigte, dann den Lieferungstag auf den 10. März d. Js. bestimmte, endlich den 12. März d. Js. als Lieferungstag benannte. Auf meine Bitte am 11. März Abends zu liefern, damit für die Versendungsarbeiten der 12. März d. Js. voll zur Verwendung kommen könne, wurde erwidert, daß am 12. März d. Js. früh geliefert werden sollte. Es sind indessen erst am 12. März d. Js. Nachmittags 3 Uhr die ersten Exemplare der mit der Versendung betrauten Hofbuchhandlung von W. Moeser übergeben worden. Inzwischen waren die Sortimentshandlungen der größeren Städte mit dem Hauptabdruck versorgt. Wenn die Vereinsmitglieder in Folge dessen Zusendungen des Entwurfs Seitens ihrer Buchhandlungen erhalten haben und dadurch Unregelmäßigkeiten entstanden sein sollten, so trägt hieran das Schriftführeramt keine Schuld. Im Uebrigen wird zur Erwägung gegeben, ob die durch die Art der Versendung weiter eingetretene Verzögerung von etwa 24 Stunden nicht die Ersparung von 500 Mark Porto rechtfertigt.

Leipzig, 17. März 1888.

Mecke, Schriftführer.

Der dritte Band der Entscheidungen des Ehrengerichtshofs ist sämmtlichen mit den Angelegenheiten des Anwaltstandes befaßten Behörden übersandt. Der Vorstand hat gestattet, daß der dritte Band, wie die früheren, an solche Rechtsanwälte, welche nicht Vereinsmitglieder sind, sowie an Notare, Richter und sonstige Behörden abgegeben werden darf. Der Preis ist auf 5 Mark festgesetzt.

Leipzig, 17. März 1888.

Mecke, Schriftführer.

Der Entwurf eines Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches.

Bericht, erstattet im Auftrage des Vorstandes des Deutschen Anwaltvereins von Max Guttmann, Rechtsanwalt in Wiesbaden.*)

II. Allgemeiner Theil.

Rechtsnormen.

Im Einklang mit allen neueren Gesetzgebungen läßt der Entwurf die Uebung nicht als allgemeine und unbeschränkte Bildungsform des Rechts zu. Gewohnheitsrecht soll nur in so weit Kraft haben, wie das Gesetz darauf verweist. Der Entwurf verweist nie darauf; wohl aber z. B. das Landesrecht in seinen weiter geltenden Theilen oder Art. 1 H. G. B., — dessen Fortbestand freilich nicht sicher ist. Soweit das Gewohnheitsrecht geduldet wird, kann sich auch neues entwickeln; doch dürfen seine Normen nicht dem Gesetz widerstreiten. Ebensowenig darf es praeter legem entstehen. Das Allgemeine Landrecht unterscheidet — im Gegensatz zum Entwurf — Arten des Gewohnheitsrechts und mißt zwar nicht der allgemeinen, wohl aber der Gewohnheit engerer Kreise, den Obser-

*) Nachdruck verboten.

vanzen, die Fähigkeit bei, zu bestimmen, was die Gesetze unentschieden gelassen haben. Diese Vorschrift verliert, wenn der Entwurf Gesetz wird, auch für die Materien ihre Bedeutung, die der landesrechtlichen Regelung nicht entzogen werden. Haben sich also z. B. im Preußischen Fischereirecht Observanzen praeter legem gebildet, so werden sie durch das Inkrafttreten des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht berührt. Neue Observanzen praeter legem können jedoch auch innerhalb dieser Materie nachher nicht mehr Geltung gewinnen; denn die allgemeinen Rechtslehren des Entwurfs werden auch das vorbehaltene Landesrecht beherrschen.

Die Ausfüllung von Lücken, die sich im Reichs- oder Landesgesetz finden, wird dem Richteramt anvertraut, das dabei an der Hand rechtsähnlicher Bestimmungen vorzugehen hat und in deren Ermangelung die Grundsätze befragen muß, die sich aus dem Geist der Rechtsordnung ergeben. Derartige Vorschriften haben auch in früheren Gesetzgebungen nicht gefehlt; aber sie werden jetzt auf einen empfänglicheren Boden fallen. Denn der Richter hat inzwischen in der Schule des mündlichen Verfahrens freie und selbständige Bewegung gelernt.

Die subsidiäre Geltung des gemeinen Rechts, die noch der badische Gesetzgeber verordnet hat, erscheint — abgesehen von dem vorbehaltenen Landesrecht — ebenso als beseitigt, wie die Partikularrechte. Wenn sich das Reich einer Materie in der Absicht erschöpfender Regelung bemächtigt, so wird alles einschlagende, nicht nur das geradezu widersprechende Landesrecht gebrochen. Da sich indeß der Entwurf über die Voraussetzungen des Gewohnheitsrechts nicht äußert, werden dieselben unter der Herrschaft des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs ebenso wie unter der des Allgemeinen Landrechts und des code civil in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Recht festgestellt werden. Ueber den Beweis des Gewohnheitsrechts entscheidet die Civilprozeßordnung.

Autonomie und Privilegien sind dem Entwurf nicht fremd; eine Theorie dieser Institute wird jedoch nicht gegeben. Privatrechtliche Autonomie eignet den Bundesstaaten; die des hohen Adels wird im Einführungsgesetz begrenzt werden; soweit noch privatrechtliche Autonomie der Körperschaften innerhalb der Grenzen des vorbehaltenen Landesrechts besteht, wird sie nicht angetastet. Als Privilegien kommen die Volljährigkeitserklärung, die Verleihung der Rechtspersönlichkeit an juristische Personen und die Ehelicherklärung natürlicher Kinder vor. Auch Dispensationen begegnen, z. B. von Ehehindernissen. Wer der Inhaber der Privilegienhoheit und der Dispensationsgewalt ist, sagt theils der Entwurf, theils das öffentliche Recht der Einzelstaaten.

Ueber Retorsion, über Auslegung der Gesetze und über Statutenkollision wird nichts verordnet. Uebergangsbestimmungen, welche die Wirkung der neuen Vorschriften auf die dann bereits bestehenden Rechtsverhältnisse betreffen, wird das Einführungsgesetz bringen. —

Personen.

I. Die bisherigen Rechte haben festzustellen versucht, wann eine menschliche Bildung vorliegt: durch Ausschluß der Mißgeburten, durch das Erforderniß der Lebensfähigkeit und durch Vorschriften über Todtgeborene oder Zwitter. Künftighin soll lediglich die medizinische Wissenschaft darüber befinden. — Die Zeit der Geburt und des Todes soll der Richter nach freier Ueberzeugung feststellen. Die Beweisvorschriften über Zwillingsgeburten und Commorienten fallen fort.

Auch sonst hat Leben oder Tod eines Menschen und die Zeit des Todes zu beweisen, wer sich darauf beruft. Doch wird, wenn Leben oder Tod Jemandes ungewiß ist, und es sich um Anfälle von Todes wegen an ihn handelt, ohne weiteres angenommen, daß er mit Ablauf seines siebzigsten Lebensjahres gestorben ist. Gegenbeweis ist statthaft. Dieselbe Vermuthung greift bezüglich der Vermögensvortheile, die nach dem Tod eines Ehegatten dem Ueberlebenden gebühren, Platz, wenn ungewiß ist, ob der eine den andern überlebt hat. Ist also die Ehefrau verschollen, und stirbt der Mann, bevor 70 Jahre seit ihrer Geburt verflossen sind, so wird das Witthum, das er ihr ausgesetzt hat, nicht hinfällig.

Dagegen ist die Beerbung eines verschollenen Deutschen erst nach Todeserklärung zulässig. (Die Verschollenheitserklärung des französischen Rechts ist abgelehnt.) Verschollen ist ein Abwesender, von dessen Leben in der gesetzlichen Frist keine Nachricht gekommen ist. Die Todeserklärung erfolgt durch Ausschlußurtheil, das nach § 834 C. P. O. anfechtbar ist, auf Antrag des Abwesenheitspflegers, Vormundes, Ehegatten und Jedermanns, der ein rechtliches Interesse hat. Die erforderlichen Ermittelungen, die wie im Entmündigungsverfahren nöthigenfalls von amtswegen geschehen, müssen vorhergehen, desgleichen — abgesehen von Kriegs- und Seeverschollenheit — ein Aufgebot.

Die Todeserklärung weicht dem einfachen Nachweis des Gegentheils. Sie wirkt konstitutiv; mit ihrer Erlassung gilt der Betreffende als verstorben. Auch wenn er noch lebt, erlischt die Vormundschaft über ihn (§§ 1703 Abs. 1 Ziffer 1, 1735 Abs. 1, 1737 Abs. 3, 1743), endet seine elterliche Gewalt (§ 1557 Abs. 2), seine eheliche Nutznießung und Verwaltung, wenn er nach dem Güterrechte des Entwurfs, d. h. in Gütertrennung und Verwaltungsgemeinschaft, lebt (§ 1327), endet auch die ehevertragliche Errungenschaftsgemeinschaft (§ 1430). Dagegen wird das Eheband selbst nicht schon durch die Todeserklärung zerrissen (§ 1464), sondern erst durch gutgläubige Eingehung einer neuen — nicht etwa nichtigen — Ehe seitens des andern Theils. Durch die neue Ehe wird auch erst die etwaige Gütergemeinschaft mit dem Todterklärten aufgelöst, wenngleich dessen Erben vielleicht schon vorher eine thatsächliche Auseinandersetzung mit dem andern Ehegatten vorgenommen haben (§ 1371 Z. 1). Kehrt der Todterklärte zurück, so kann er die Wiederherstellung der elterlichen Gewalt (§ 1560) und des ehelichen Güterstandes (§§ 1332, 1430) fordern, ebenso von seinen Erben die Herausgabe des Vermögens (§§ 2089, 2084 ff).

Greift auf diese Weise die Rechtsordnung dem natürlichen Tode vor, so tritt umgekehrt ihre Fürsorge unter Umständen noch vor dem Beginn des Lebens ein. Der Satz: nasciturus pro iam nato habetur gilt zwar nicht überall, wo es sich um Vortheile des Ungeborenen handelt. Aber z. B. im Erbrecht hat er eine Stätte. Wer zur Zeit des Erbfalls schon empfangen ist, wird gesetzlicher Erbe (§ 1964), kann als Erbe und Nacherbe (fideikommissarischer Substitut) eingesetzt und mit Ver-

mächtnissen bedacht werden (§§ 1758, ferner 1867, 2026, 2059, 2154). Gegen denjenigen ferner, der schuldhaft tödtet, hat auch eine Person, welche zur Tödtungszeit erst empfangen ist, einen Schadensanspruch, wenn sie von dem Getödteten, z. B. dem natürlichen Vater (§ 1571), nach dem Gesetz hätte unterhalten werden müssen (§ 723). Wer zur Zeit des Erbfalls noch nicht empfangen ist, kann zum Nacherben, aber nicht zum Erben ernannt und mit Vermächtnissen bedacht werden (§ 1758). Die Rechte der Ungeborenen werden erforderlichen Falls durch Pfleger geschützt (§ 1741, 1742, 1748).

II. Nachdem der bürgerliche Tod in den deutschen Gebieten des französischen Rechts längst beseitigt ist, haben nur noch die Klosterpersonen nach gemeinem und preußischem Recht geminderte Rechtsfähigkeit. Wie der code civil und das Sächsische Gesetzbuch verzichtet der Entwurf auf diese Beschränkung, vorbehaltlich näherer Bestimmungen im Einführungsgesetz.

Die Rechtsverschiedenheiten der beiden Geschlechter auszugleichen, ist auf einer gewissen Entwickelungsstufe Tendenz des Privatrechts. Die römischen Interzessionsprivilegien der *Frauen*, die noch das Sächsische Gesetzbuch beibehalten hat, hebt der Entwurf dementsprechend auf. Wo sich aber das Privatrecht auf eine öffentliche Pflicht stützt, wie im Vormundschaftswesen, bleibt die Ungleichheit. Frauen können Vormünderinnen nur über Kinder und Enkel oder kraft letztwilliger Berufung des elterlichen Gewalthabers (§ 1640 Z. 4), sie können niemals Mitglied des Familienraths werden (§ 1716); sie werden auch nicht zur Uebernahme der Vormundschaft gezwungen (§ 1643). Dagegen sind sie vom Urkundszeugniß bei der Testamentserrichtung nicht ausgeschlossen (§ 1917). — Die Ehefrau ist vollkommen handlungsfähig. Nur muß der Ehemann einwilligen, wenn sie sich zu Leistungen verpflichtet, die in Person zu bewirken sind (§ 1277); ihre Geschäfte vermögen auch nicht, seine Ehegutsrechte zu gefährden (§§ 1311 f.). Der Ehemann verwaltet das Ehegut (§ 1317); aber er hat nicht die allgemeine rechtsgeschäftliche Vertretung der Frau (§§ 1317 f., 1352, 1417). Was sie durch Arbeit oder selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts erwirbt, gehört ihr als Vorbehaltsgut (§ 1289), wofern nicht theilweise oder gänzliche Gütergemeinschaft vereinbart ist. Der Mann wird also nicht mehr Frau und Kind verlassen und, was sie dann erarbeitet, für sich nehmen können. — Ruht die elterliche Gewalt nicht in Händen des Vaters, so steht sie bei der Mutter (§ 1501).

Die *Altersstufen* des Entwurfes sind: Kindesalter bis zur Vollendung des 7., Minderjährigkeit bis zur Vollendung des 21. Jahres und Volljährigkeit. Ueber-achtzehn-jährige können mit eigener Einwilligung vom Vormundschaftsgericht zu ihrem Besten für volljährig erklärt werden. Der elterliche Gewalthaber muß zustimmen, der Vormund nicht. Die Emanzipation seitens der Eltern oder des Familienraths, die nach code civil den gleichen Zweck verfolgt, ist abgelehnt. Ebensowenig macht Heirath mündig.

Nach den Altersstufen wird die Geschäftsfähigkeit bemessen (§ 64). Die privatrechtliche Deliktsfähigkeit beginnt nicht erst mit der Strafmündigkeit (Ablauf des 12. Jahres), sondern schon mit der Minderjährigkeit. Unter-achtzehn-jährige haften indeß nur dann für Deliktsschaden, wenn sie bei Begehung der That die zur Erkenntniß der Strafbarkeit erforderliche Einsicht besaßen (§ 709). Die Grenzen der Ehemündigkeit werden nicht verschoben (Zurücklegung des 20., bezw. 16. Jahres); aber fortan bedürfen auch Töchter, bis sie 25 Jahre zählen, der Genehmigung des maßgebenden Elterntheils (§ 1238). Die Testamentsfähigkeit fällt wie die Eidesmündigkeit auf den Anfang des 17. Jahres (§ 1912). Dagegen kann ein beschränkt Geschäftsfähiger einen Erbeinsetzungs- oder Vermächtnißvertrag auch nicht mit Genehmigung des gesetzlichen Vertreters schließen (§§ 1942, 1962), wohl aber ganz selbstständig alle Verfügungen von Todeswegen einseitig und, wo erforderlich, durch Vertrag aufheben (§§ 1848 Abs. 4, 1957 Abs. 2, 1958 Abs. 1, 2020, 2024).

Mängel des körperlichen und geistigen Zustandes können die eigene Besorgung der Vermögensangelegenheiten hindern und deshalb zu einer Pflegschaft führen (§ 1739), wenn nicht durchgreifendere Schritte als geboten erscheinen. Wer des Vernunftsgebrauches beraubt ist, kann wegen *Geisteskrankheit* entmündigt werden, und zwar schon in der Minderjährigkeit, damit nicht Geschäftsfähigkeit eintritt. Arten der Geisteskrankheit (Raserei, Wahnsinn, Blödsinn) werden nicht unterschieden; Geistesschwäche genügt zur Entmündigung nicht. Volljährige *Taube, Stumme* und *Blinde* sind an sich geschäftsfähig. Sind sie aber wegen ihres Gebrechens nicht in der Lage, ihre Angelegenheiten besorgen zu können, so werden sie vom Vormundschaftsrichter für schutzbedürftig erklärt und — so lange es nöthig ist — unter Vormundschaft gestellt. Ihr eigener Antrag ist dafür — wie auch im Fall des § 1739 — zwar nicht nothwendige, aber regelmäßige Voraussetzung; auf ihren Antrag soll auch die Vormundschaft gewöhnlich eingestellt werden (§ 1735).

Wirthschaftliche Fehler und Zufälle wirken mannigfach auf die Rechts- und Geschäftsfähigkeit. Hierher gehört die Rechtseinbuße des Gemeinschuldners, hierher gehört z. B. das Recht, den verschwenderischen Pflichttheilserben zu Gunsten seiner Abkömmlinge zu beschränken (§ 2002). Wer durch verschwenderische Lebensweise oder Geschäftsführung die Besorgniß rechtfertigt, daß er sich oder seine Familie dem Nothstand preisgiebt, kann entmündigt werden. Volljährigkeit, fruchtlose Besserungsversuche und Vermögensbesitz sind nicht Vorbedingung.

Die *Ehrenfolgen* des Strafurtheils bezeichnet das Strafgesetzbuch. Abgesehen davon ist in den Landesrechten die sittliche Bescholtenheit bedeutsam. So z. B. nach gemeinem Recht für das Pflichttheilsrecht der Geschwister, im preußischen Recht für die Ansprüche aus außerehelichem Beischlaf u. s. w. Der Entwurf verwerthet den Begriff des ehrlosen Verhaltens; es ist Grund zur Ehescheidung (§ 1444) und zur Entziehung der elterlichen Gewalt (§ 1456).

Juristische Personen.

Eine verbreitete Anschauung sondert Körperschaften, Stiftungen und Anstalten. Der Entwurf reiht die letzteren — Fiskus, Kirche, Hospitäler u. s. w. — unter die beiden ersten Arten ein und bestätigt nur vorsorglich die Landesgesetze, welche dem Fiskus Rechtspersönlichkeit verleihen.

Für Aktiengesellschaften und Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften knüpft sich der Erwerb der Rechtspersönlichkeit an die Erfüllung der Registerpflicht und gewisser Normativbestimmungen (Beilegung eines Gesammtnamens, Abfassung

eines gesetzmäßigen Gründungsvertrags). Sachsen hat dies System auf die anderen Personenvereine ausgedehnt; ähnlich Bayern und die Gesammt-Schweiz. Der Entwurf hat davon Abstand genommen: wegen der Schwierigkeit, für alle Arten Vereine gleichmäßige Normativ-Bestimmungen zu erlassen, und aus sozialpolitischen Rücksichten. Somit verfügt im allgemeinen das Landesrecht über Erwerb und Verlust der Rechtspersönlichkeit. — Bei der Stiftung regelt der Entwurf zwar das Errichtungsgeschäft —: letztwillige Verfügung oder eine einseitige oder vertragsmäßige Erklärung in gerichtlicher oder notarieller Form —. Ob aber die Rechtspersönlichkeit der Stiftung noch Weiteres, insbesondere staatliche Genehmigung erfordert, und wie eine Stiftung erlischt, bleibt gleichfalls dem Landesrecht überlassen. Dagegen gelten die Aufstellungen des Entwurfs, die übrigens nur zum Theil zwingendes Recht setzen, für alle juristischen Personen, mithin auch für die öffentlich-rechtlichen Körperschaften.

Die Verfassung einer Körperschaft beruht auf Gesetz oder Gründungsvertrag und ist nur durch einstimmigen Beschluß der Mitglieder abänderlich. — Jede juristische Person muß einen gesetzlichen Vertreter (Vorstand) haben, eine Vorschrift, die indeß nicht rechtspolizeilich oder durch Strafen erzwingbar ist. Doch tritt nöthigenfalls an Stelle des fehlenden Vertreters ein Ernannter des Amtsgerichts, wenn ein Dritter der Körperschaft Mittheilungen machen will, die sie entgegennehmen muß (Mahnung, Kündigung). Abweichend vom Handelsrecht kann die Vertretungsmacht des Vorstandes wirksam nach außen eingeengt werden, können ferner im Zweifel nur alle Vorstandsmitglieder zusammen die juristische Person verpflichten.

Für die Geschäftsführung ist der Wille der Mitglieder maßgebend. Verübt ein Vorsteher bei Ausübung der Vertretungsmacht Widerrechtlichkeiten, so ist die juristische Person schadensersatzpflichtig, das Delikt sei innerhalb oder außerhalb eines Vertragsverhältnisses begangen.

Konkurs wird wegen Zahlungsunfähigkeit und Ueberschuldung eröffnet und muß im letzteren Fall unverzüglich vom Vorstand angemeldet werden. Den Konkurs über das Vermögen des Fiskus und der gleichstehenden Verbände (§ 15 Z. 4 E. G. z. C. P. O.) darf das Landesrecht untersagen.

Das Vermögen der aufgelösten juristischen Person fällt an denjenigen, der nach Gesetz oder Verfassung das Bezugsrecht hat. Der Betreffende kann diesen Anfall nicht ausschlagen, haftet aber auch für die Schulden stets nur in Höhe des Reinerwerbes (§ 1974). Sind die Mitglieder der Körperschaft bezugsberechtigt, so kommt es zur Liquidation, die mangels anderweiter Beschlüsse vom Vorstand, im Nothfall von Ernannten des Amtsgerichts, besorgt wird. Der Vertheilung des Vermögens gehen Maßregeln zum Schutz der Gläubiger vorher, wie bei der Aktien-Gesellschaft: öffentliche Bekanntmachungen, ein Sperrjahr und Hinterlegung der nicht abgehobenen Forderungsbeträge, bezw. Sicherstellung derselben.

Arten und Form der Rechtsgeschäfte.

Der Entwurf unterscheidet gegenseitige Verträge, die einen Austausch von Leistungen bezwecken, und einseitige. In einem wichtigen Gegensatz stehen ferner die Verträge, durch welche ein Schuldverhältniß begründet wird, zu denen, die die Erledigung desselben, die Erfüllung, den Vollzug der Abtretung, die Uebertragung des Eigenthums u. s. w. zum Gegenstand haben (Erfüllungsgeschäfte und dingliche Verträge).

Rechtsgeschäfte müssen vielfach, um wirksam zu sein, gegenüber einem Betheiligten vorgenommen werden, der dann Empfänger der Willenserklärung heißt. Eine adressirte Erklärung derart ist z. B. die Aufrufung eines Vertrages wegen Betrugs oder Zwangs, die an den andern Vertragstheil zu richten ist. (§ 113.) Ebenso ist der andere Theil Empfänger der Wahlerklärung bei einem wahlweisen Schuldverhältniß (§ 208), der Mahnung (§ 245), des schuldnerischen Leistungsangebotes (§ 254), der Aufrechnungserklärung (§ 282), der Anzeige von der Uebertragung einer Forderung und des Widerrufes der Anzeige (§ 306), des Schenkungswiderrufes (§ 449), der Darlehenskündigung (§ 457) u. s. w. Dagegen sind Auslobung, Stiftung, Errichtung und Aufhebung eines Testaments, der Erbschaftsantritt u. s. w. adressenlose Erklärungen, also auch ohne Empfänger. Desgleichen die zahlreichen Rechtsgeschäfte, die mündlich oder schriftlich — d. h. „gegenüber“ — oder nur mündlich — d. h. „vor“ — einer Behörde vorzunehmen sind. Es erfordern z. B. (neben einem entsprechenden Grundbucheintrag) die Dereliktion eines Grundstücks (§ 872) und die Aufgabe des Erbbaurechts (Superfizies § 965) eine Erklärung vor dem Grundbuchamt, die rechtsgeschäftliche Aufhebung des Vorkaufsrechts (§ 960), einer Grunddienstbarkeit (§ 977), von Reallasten (§ 1061) und persönlichen Dienstbarkeiten von Grundstücken (§§ 1015, 1048) eine Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt. Auf letztere Art begründet man auch für sich am eigenen Grundstück eine Grundschuld (§ 1142). Durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht wird die Ehe nach dem Tode des andern Gatten (§ 1266) und die Ehelichkeit eines verstorbenen Kindes (§ 1475) angefochten, die Erbschaft ausgeschlagen (§ 2032), auf das Inventarrecht verzichtet (§ 2094), das Amt des Testamentsvollstreckers angetreten, abgelehnt, gekündigt (§§ 1892, 1895) u. s. w. In allen diesen Fällen nimmt zwar die Behörde die Erklärung an oder auf, ohne indeß ihre Empfängerin zu sein. Denn nicht sie ist dabei betheiligt, sondern z. B. bei der Preisgabe eines Grundstücks derjenige, dem es anfällt, bei der Aufgabe dinglicher Rechte der Eigenthümer u. s. w. Die Erklärungen werden nur bei der Behörde niedergelegt, — wie die Hinterlegung ja auch eine Erfüllungs- und Zustellungsform ist.

Es giebt ferner Willenserklärungen, zu deren Entgegennahme man verpflichtet ist; z. B. die Mahnung. Dagegen ist der Vertragsantrag frei empfangbar. Empfangspflichtige Willenserklärungen können wie im Rechtsstreit zugestellt werden, doch nicht mittels des Gerichtsschreibers. Bei unverschuldeter Unkenntniß über die Person des Empfangspflichtigen ist außerdem öffentliche Zustellung gestattet (§§ 75 f.)

Das Preußische Allgemeine Landrecht stellt für die Verträge von Lesens- und Schreibensunkundigen, von Taubstummen und Blinden, sowie von solchen, die die Sprache der zu errichtenden Urkunde nicht verstehen, erschwerende Formvorschriften auf. Nicht so der Entwurf, der vielmehr nur gewisse Geschäfte unter Formenzwang stellt. Bei der nachfolgenden Aufzählung bleiben das dingliche Rechtsgeschäft und die Pfandvollzug an Forderungen und Rechten, sowie die Eheschließung außer Betracht.

Das Schrifterforderniß begegnet, wenn man davon absieht, daß die Regeln über die Anweisung einer Leistung (§§ 605 ff.) und über Schuldverschreibungen auf den Inhaber (§§ 685 ff.) eine schriftliche Urkunde voraussetzen, nur einmal, nämlich für das abstrakte Leistungsversprechen (§ 683). Bedeutsamer wird die Vereinbarung der Schriftlichkeit sein. Die Schriftform wird gewahrt, wenn die Urkunde oder bei telegraphischer Verhandlung die Aufgabeschrift vom Urheber der Willenserklärung eigenhändig unterschrieben oder mittels gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet ist. Der Entwurf fordert eigenhändige Unterschrift. Aber trotz der Verneinung der Motive (S. 185) wird sich in das neue Recht die preußische Streitfrage hinüberspielen, ob man sich eines Andern zum Schreiben seiner Unterschrift bedienen kann. Die Motive wollen ferner im Briefwechsel keine der Form genügende Schrift sehen (S. 189). Die Zulässigkeit telegraphischen Abschlusses beweist indeß das Gegentheil. Bei Inhaberpapieren ist ausdrücklich Vollziehung der Unterschrift im Wege der mechanischen Vervielfältigung erlaubt (§ 685). Der Unterzeichnung der einen Vertragsurkunde durch sämmtliche Theile steht der Austausch der Unterschriften gleich, die getrennt unter verschiedenen Ausfertigungen abgegeben sind.

Der gerichtlichen oder notariellen Form bedürfen außer der Stiftung (§ 58) die Verpflichtung, das ganze gegenwärtige Vermögen oder einen Bruchtheil davon zu übertragen oder einen Nießbrauch daran zu bestellen (§ 350), das Eigenthum an einem Grundstück zu übertragen (§ 351), das Schenkungsversprechen (§ 440), der Ehevertrag (§ 1591) und die ordentliche letztwillige Verfügung (§ 1915). Die Form wird erfüllt, wenn die Theile dem Notar oder Richter ihre Erklärungen getrennt abgeben und dann die Urkunde auswechseln.

Dagegen sind „vor Gericht oder Notar“ d. i. mündlich bei gleichzeitiger Anwesenheit aller Theile die Kindesannahme, — die noch gerichtlicher Bestätigung bedarf — (§§ 1616 ff.), und die Verträge von Todeswegen (§§ 1943, 1957, 1962, 2020, 2024) abzuschließen.

Formmängel haben Nichtigkeit zur Folge. Vollzug der Schenkung (§ 441) und Uebertragung des Grundstückseigenthums (§ 351) heilen indeß die Formlosigkeit des Titels.

Vom Reichsgericht.*)

(Schluß.)

Wir berichten über die in der Zeit vom 20. Februar bis 3. März 1888 ausgefertigten Erkenntnisse.

V. Das Preußische Allgemeine Landrecht.

19. So lange nur Akte des Verschwenders selbst vorliegen, (wenngleich dieselben von demselben realisirt sind, als Erklärungen des Veräußerers in einem Vertrage über Veräußerung eines zu seinem Vermögen gehörigen Rechtsobjekts und als Weise der Verwirklichung der zugesicherten Entäußerung und Uebereignung), bleibt das betreffende Rechtsobjekt nach wie vor Bestandtheil des Vermögens des Verschwenders. Jene Erklärungen stellen (selbst in Verbindung mit den entsprechenden Erklärungen des anderen Theiles) nur dem äußeren Anscheine nach einen Erwerbstitel, jene Entäußerungs- und Uebereignungsakte (selbst in Verbindung mit den entsprechenden Akten des anderen Theiles) nur eine scheinbare Weise des vermögensrechtlichen Erwerbes jenes Rechtsobjektes seitens des anderen Theiles her. Nach der Bestimmung des § 101 der Einleitung zum A. L. R. kann der andere Theil auf einen Dritten nicht mehrere Rechte übertragen, als er selbst hat. Derselbe kann also durch seine mit einem Dritten über das betreffende Rechtsobjekt kontrahirten Uebereignungsverträge und Uebereignungsakte (falls nicht etwa besondere Ausnahmevorschriften, wie die in dem Glauben des Grundbuches oder des Art. 306 des Allgem. D. H. G. B. Abweichungen bewirken), ebenfalls nicht den Rechtserfolg herbeiführen, daß jenes Rechtsobjekt aus dem Vermögen des Verschwenders ausscheide. I. C. S. i. S. Focke c. Capanner vom 7. Dezember 1887, Nr. 217/87 I.

20. Aus § 16 Tit. 5 Thl. I des A. L. R. ergiebt sich nur, daß derjenige, welcher weiß, daß ein Mensch wegen Verschwendung bereits gerichtlich angeklagt sei, aus einem mit demselben auch noch vor der öffentlichen Bekanntmachung geschlossenen Vertrage kein Recht erlangen kann. Kann er aber kein Recht erlangen: so folgt aus § 101 der Einleitung zum A. L. R., daß er kein Recht weiter übertragen kann, woraus sich denn die weiteren Konsequenzen in gleicher Weise, wie in dem Falle der Vertragschließung durch einen Menschen, welcher bereits gerichtlich für einen Verschwender erklärt ist, herstellen. — Der angebliche gute Glaube des Bekl. kann auch hier nur als Grund etwa klarzulegender Gegenansprüche in Betracht kommen. Die Forderungsinhaberschaft des Bekl. muß aber für eine unredliche erachtet werden, falls derselbe bei dem Abtretungsgeschäft der fraglichen Hypothekenforderung zwischen ihm und dem P. davon Kenntniß gehabt hat, daß letzterer diese Forderung sich zu einer Zeit von der M. F. hatte cediren lassen, zu welcher er wußte, daß dieselbe bereits wegen Verschwendung angeklagt war. I. C. S. i. S. Focke c. Capanner vom 7. Dezember 1887, Nr. 217/87 I.

21. Was die Frage angeht, ob hier eine gehörige Uebergabe des belohnenden Geschenks stattgefunden hat, so ist, wie auch der B. R. annimmt, die bloße Uebergabe des Sparkassenbuchs deshalb, weil Sparkassenbücher nicht zu den Inhaberpapieren gehören, dafür nicht ausreichend, vielmehr ist allein entscheidend, ob auch das Sparkassenguthaben, über welches das Sparkassenbuch lautet, gehörig übertragen ist. In dieser Beziehung kann nun aber der Auffassung des B. R., daß diese Uebertragung dadurch schon genügend bewirkt sei, weil nach der Uebergabe des Sparkassenbuchs der Bekl. am 2. Januar 1886 das Guthaben und das Buch bei der Sparkasse auf seinen Sohn habe umschreiben lassen, nicht beigetreten werden. Wenn der Geschenkgeber unter Uebergabe des Sparkassenbuchs erklärt, der Beschenkte solle das Geld für eigene Rechnung erheben, und Letzterer das Geld wirklich erhebt, so treffen die Erfordernisse einer gehörigen körperlichen Uebergabe allerdings zusammen, nämlich die in der Erklärung des Geschenkgebers verbunden mit der Aushändigung des Sparkassenbuchs liegende Erledigung des Besitzes zum Vortheile des Beschenkten und die unter der nicht widerrufenen fortdauernden Erledigung des Besitzes des Geschenkgebers erfolgte körperliche Besitzergreifung des ausgezahlten

---

*) Nachdruck ohne Angabe der Quelle verboten.

Geldbetrags des Guthabens durch den Beschenkten, §§ 50, 51, 58, 59 Thl. 1 Tit. 7 des A. L. R., Entscheidungen des R. G. Bd. 9 S. 245 und Bd. 17 S. 29. Eine körperliche Besitzergreifung des Geldbetrages des Guthabens durch Zahlungsempfangnahme desselben hat der Beklagte nicht vorgenommen, er hat vielmehr das Buch und das Guthaben auf seinen Sohn umschreiben lassen und damit lediglich die Forderung an einen Anderen übertragen, deren Uebertragung an ihn selbst hier zu beweisen ist, und die, weil es sich weder um eine körperliche Sache, noch um ein dem Besitz unterliegendes Recht, sondern um eine ausstehende Darlehnforderung handelt, durch Besitzergreifung nicht erworben werden kann. Die Uebertragung einer ausstehenden Forderung als solcher, abgesehen also von dem vorerwähnten Falle der Rückzahlung kann nach §§ 39 und 394 Thl. I Tit 11 des A. L. R. nur durch Cession und zwar, wenn wie hier, über die Forderung eine briefliche Urkunde vorhanden ist, nur durch schriftliche Cession erfolgen. IV. C. S. i. S. Aulig u. Gen. c. Aulig vom 2. Februar 1888, Nr. 288/87 IV.

22. Das B. G. hat seine Zuerkennung eines halbjährigen Zinsbetrages des Darlehnskapitals als Interesse, beziehentlich Schaden, anscheinend sowohl auf den § 660 Thl. I Tit. 11 des A. L. R. wie auf den § 260 der C. P. O. gegründet, ohne daß es klar wird, in welchem Verhältnisse diese beiden Begründungen zu einander stehen sollen. Die Revision erscheint aber unbegründet, weil der Anspruch in dem noch zu Recht bestehenden und hier anwendbaren § 660 Thl. 1 Tit. 11 cit. seine Rechtfertigung findet. Die Revisionsbegründung bekämpft die Anwendbarkeit dieser Vorschrift, weil derselbe nach § 658 l. c. das geschehene schriftliche Versprechen der Darlehnssumme voraussetze. Indessen will der § 658 nur im Einklange mit § 654 zum Ausdruck bringen, daß das Darlehnsversprechen rechtsgültig ertheilt sei, so daß derselbe auch anwendbar ist, wenn wegen der Eigenschaft des Versprechens als Handelsgeschäft die mündliche Form zur Rechtsgültigkeit genügt. Sodann aber ist auch die schriftliche Form entsprechend der Auffassung, welche die Formvorschriften des Pr. L. R. im Falle der Erklärung Seitens eines Bevollmächtigten konstant gefunden haben, dadurch erfüllt werden, daß der Bevollmächtigte, wenn auch auf Grund einer nur mündlichen Vollmacht, die rechtsbegründende Erklärung schriftlich abgegeben hat. Vergleiche Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. IV S. 307 fg. Der § 660 cit. ist durch § 260 der C. P. O., beziehentlich den § 14 Ziffer 3 des E. G. zur C. P. O. nicht beseitigt. Er wäre es gemäß § 16 Ziffer 1 dieses E. G. schon dann nicht, wenn er auch nur als eine rechtliche Vermuthung für die Entstehung eines Schadens in Höhe des halbjährlichen Zinses anzusehen wäre. Offenbar hat aber der § 660 eine weiter gehende Bedeutung. Die Annahme, es sei der Gegenbeweis, daß der Darlehnsversprecher in Wirklichkeit keinen Schaden erlitten habe, zulässig, vergl. Dernburg, Preußisches Privatrecht Bd. 2 S. 487 Nr. 6, widerspricht der landrechtlichen Ausdrucksweise bei bloßen Vermuthungen und wird von keinem der sonstigen Ausleger des Landrechts getheilt, vergl. Bornemann, Preußisches Civilrecht (2. Ausgabe) Bd. III S. 143, Koch, Recht der Forderungen Bd. 3 S. 235, Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht (5. Ausgabe) II S. 235, Note 20. Faßt man die Bestimmung als Fiction eines bestimmten Schadensbetrages auf, so könnte allerdings die Frage entstehen, ob sie etwa für einen Darlehnsvertrag, der Handelsgeschäft ist, deshalb durch Art. 283 des H. G. B. beseitigt wäre, weil dieser sagt, daß, wer Schadensersatz zu fordern habe, Erstattung des **wirklichen** Schadens verlangen könne. Es kann dahingestellt bleiben, ob dem Art. 283 des H. G. B., der nach der seiner Entstehung zu Grund liegenden Tendenz das Recht auf die volle Genugthuung gegenüber bisherigen Einschränkungen zur Anerkennung bringen wollte, wegen seiner Wortfassung auch gegenüber Bestimmungen der bürgerlichen Gesetze, welche die Geltendmachung eines Schadens erleichtern sollen, eine einschränkende Bedeutung beizumessen wäre. Die Bedeutung des § 660 beruht darin, ein vom Gesetze bestimmtes Surrogat dafür zu sein, daß dem Darlehnsversprecher trotz des gültigen Vertrages das Recht auf Erfüllung gegen den Darlehnssucher versagt ist. Dies ergiebt sich aus einer Vergleichung der §§ 658, 659 Thl. I Tit. 11 mit dem § 653 eod. Während im Falle des § 655 dem Darlehnssucher das alternative Recht, Erfüllung oder Schadensersatz zu verlangen, ausdrücklich zugesprochen ist, kann nach den §§ 658, 659 der Darlehnsversprecher, wenn der Darlehnssucher die Annahme des Darlehns weigert, nur Schadloshaltung fordern. Vergleiche die oben Citirten an den angegebenen Stellen sowie Koch, Kommentar zum A. L. R. Note 8 zu § 658. Der § 660 bestimmt daher den Leistungsgegenstand, mit dem sich der Darlehnssucher, vorbehaltlich des Nachweises eines höheren Schadens des Darlehnsversprechens, lösen darf. Wenn aber das bürgerliche Recht bei einem Vertrage dem Berechtigten in Versagung eines Anspruchs, auf Erfüllung zu bestehen, an Stelle desselben einen fixirten Interessebetrag zuspricht, so läßt sich hierauf die Vorschrift des Art. 283 des H. G. B. auch bei einem Verständniß dahin, daß **nur** der wirkliche Schaden ersetzt werde, nicht beziehen. Es wäre ein durchaus abzuweisendes Ergebniß, wenn, während für das Geschäft, obwohl es Handelsgeschäft, das bürgerliche Recht in Bezug auf die Versagung des Anspruchs auf Erfüllung maßgebend ist — nach anderen bürgerlichen Rechten wird dem Darlehnsversprecher das Recht auf Erfüllung zugesprochen; vergleiche Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch § 1069 — doch die Bestimmung des bürgerlichen Rechts, die zur Ausgleichung dieser Rechtsversagung gegeben ist, wiederum, weil das Geschäft Handelsgeschäft, nicht anwendbar wäre. Ein Auseinanderreißen der zusammengehörigen Vorschriften ist hier nicht möglich. I. C. S. i. S. Gebauer c. Deutsche Hypothekenbank vom 7. Januar 1888, Nr. 345/87 I.

23. Kann auch der Ausspruch eines Schätzungsmannes, sofern die Parteien die Abgebung eines gewissenhaften Gutachtens (arbitrium boni viri) voraussetzten, wegen Fehlens dieser Voraussetzung angefochten werden, so ist es doch Sache des richterlichen Ermessens im einzelnen Falle, zu prüfen und zu entscheiden, welche Anforderungen an die Gewissenhaftigkeit des Schätzungsmannes, so auch bei der von ihm vorzunehmenden Untersuchung des zu begutachtenden Gegenstandes, zu stellen sind. V. C. S. i. S. Fürst Oginski c. Ougley vom 11. Februar 1888, Nr. 297/87 V.

24. Bei der belohnenden Schenkung, § 1169 Thl. 1 Tit. 11 A. L. R. kommt es nicht darauf an, ob die geleisteten Dienste

überhaupt so wichtig gewesen sind, daß sie das belohnende Geschenk rechtfertigen könnten, sondern nur darauf, ob aus Dankbarkeit der Geschenkgeber ihnen einen solchen Werth beilegt, daß er sie mit dem Geschenke belohnt. (Entscheidungen des R. G. Bd. 15 S. 229.) IV. C. S. i. S. Anlig und Gen. c. Aulig vom 2. Februar 1888, Nr. 285/87 IV.

25. Richtig ist zwar, daß der Abschluß eines Kaufvertrages des Deponenten mit dem Depositar über die deponirte Sache den Willen des bisherigen Besitzers zum Ausdruck bringt, dem Depositar das Recht des Besitzes einräumen zu wollen. Aber um diese Erklärung als eine Entschlagung des Besitzes ansehen zu können, ist weiter erforderlich, daß der Wille des bisherigen Besitzers in rechtsbeständiger Weise zum Ausdruck gelangt ist, § 70 Thl. I Tit. 7 A. L. R. — Dies ist jedoch nur dann der Fall, wenn die Erklärung in der Form abgegeben ist, die für das Rechtsgeschäft selbst zu seiner Gültigkeit vom Gesetz vorgeschrieben ist. V. C. S. i. S. Schüler c. Erbt vom 11. Februar 1888, Nr. 296/87 V.

26. Daß durch den § 66 Thl. I Tit. 16 des A. L. R. nicht ausgeschlossen wird, bei der Schadensbemessung für Entziehung von Geldern oder sonstigen Werthobjekten neben deren Werthbeträgen auch die entzogenen Nutzungen derselben in Ansatz zu bringen, unterliegt keinem Bedenken. Vergleiche Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. VIII S. 237. Die in Betreff der Zinsen hier getroffene Entscheidung läßt sich aber nicht mit diesem Grundsatze rechtfertigen. Die Instanzgerichte haben den Kapitalbetrag an Schaden so allgemein arbitrirt, daß alle wirklichen Schäden als darin begriffen erachtet werden müssen, und die Zinsen, die zuerkannt worden, sind als Prozeß- oder Verzugszinsen für den Schadensbetrag zuerkannt worden. Nun sagt allerdings der § 66 Thl. I Tit. 16 des A. L. R. nur, daß bei einer Entschädigung aus einer unerlaubten Handlung der nach Gelde festgesetzte Betrag derselben „von dem Tage des ergangenen Urtheils an" zu verzinsen und wegen des Mangels der ausdrücklichen Hervorhebung, daß der Tag der Rechtskraft gemeint sei, hat das Preußische Obertribunal in dem Urtheil vom 13. September 1852 (Striethorst Bd. 7 S. 244 folg.) den Tag des ersten Urtheils für den entscheidenden erachtet, vergleiche auch Bornemann, Preußisches Civilrecht 2. Ausgabe Bd. 2 S. 188. Ganz überwiegend wird aber sowohl in der älteren wie der neueren Doktrin die Ansicht, daß der Tag der Rechtskraft gemeint sein müsse, vertreten, vergleiche Gräwell, Kommentar zu den Creditgesetzen Bd. 4 S. 4, 12; Merckel, Kommentar zum A. L. R. I S. 400; Koch, Kommentar Note zu § 66, Förster-Eccius l. c. I S. 204 Note 66; ebenso früher Förster, 2. Auflage I S. 379 Note 60; Fischer, Preußisches Privatrecht S. 333, und dieser Ansicht mußte der Vorzug gegeben werden. Wäre freilich der alleinige Grund des Gesetzes der, daß die zu zahlende Summe beim Schadensersatz häufig durchaus unbestimmt sei, so daß von einer Zögerung vor der Festsetzung nicht die Rede sein könne, so möchte es rationell sein, den Tag des zuerst gesprochenen Urtheils, dem gegenüber sich die eingelegten Rechtsmittel als unbegründet ergeben, für den maßgebenden zu erachten. Die Bestimmung wurzelt aber offenbar in denselben Anschauungen, welche zu den gesetzlichen Bestimmungen des § 231 Thl. I Tit. 7 und des § 821 Thl. I Tit. 11 des A. L. R. geführt haben, indem, gerade weil in der Schadenssumme schon entgangene Nutzungen zum Ansatz kommen können, die Verzinsung wiederum dieser Nutzungen, ebenso wie bei der an Stelle von Früchten tretenden Geldsumme, die der unredliche Besitzer zu zahlen hat, möglichst verhindert werden soll. Auch die Gesetzrevisoren haben solchen Zusammenhang angenommen, indem sie bei § 66 Thl. I Tit. 16, aber zugleich auch bei § 231 Thl. I Tit. 7 vorgeschlagen haben, den Tag des ersten Urtheils, sofern es rechtskräftig geworden, für den entscheidenden zu erklären, vergleiche Gesetzrevisoren 2. Bd., Obligationenrecht S. 84. Da in jenen Bestimmungen ausdrücklich der Tag, an dem das Urtheil rechtskräftig geworden, als der entscheidende erachtet ist, sich andere Judikatzinsen als die von der Rechtskraft des Urtheils ab im Landrecht nicht finden, vergleiche § 1079 Thl. I Tit. 11 des A. L. R., § 3 des Preußischen Gesetzes vom 3. Juli 1833 (Preußische Gesetzsammlung S. 79) und Abs. 3 des Preußischen Gesetzes vom 7. März 1845 (Gesetzsammlung S. 58), betreffend die Verpflichtung des Fiskus in Ansehung der Zinsen, während die ausdrücklichen Bestimmungen der §§ 770, 771 Thl. II Tit. 1 des A. L. R. auf besonderen Grundsätzen beruhen, so ist auch für den Fall des § 66 Thl. I Tit. 16 der Tag der Rechtskraft als der maßgebende zu erachten. I. C. S. i. S. Wallerstein c. Faber vom 11. Februar 1888, Nr. 329/87 I.

27. Die Verfassungsverhältnisse der Dorfgemeinden in den östlichen Provinzen des Preußischen Staates regeln sich nach den Bestimmungen des zweiten Abschnitts Tit. 7 Thl. II A. L. R., nach dem Gesetze, betreffend die Landgemeindeverfassung in den bezeichneten Provinzen, vom 19. April 1856, und nach den §§ 22 ff. der Kreisordnung vom 13. Dezember 1872. Nach diesen Bestimmungen ist das Willensorgan der Dorfgemeinde die Gemeindeversammlung. Diese ist die regelmäßige gesetzliche Vertreterin der Dorfgemeinde. Das Gesetz vom 14. April 1856 hat im § 8 die Bildung einer anderen Vertretung, nämlich einer Vertretung durch gewählte Gemeindeverordnete, zugelassen. Wo eine solche gewählte Gemeindevertretung nicht vorhanden ist, wird aber immer nur die Gemeindeversammlung als gesetzliche Vertreterin der Gemeinde angesehen werden können. Der Gemeindevorsteher (§§ 46 ff. Thl. II Tit. 6 A. L. R., §§ 29, 30 der Kreisordnung) ist zur Vertretung der Gemeinde gesetzlich nicht berufen. Er ist als solcher nur Vorsteher, nicht gesetzlicher Vertreter der Gemeinde (Eccius, Theorie und Praxis Bd. 4 § 283 I, 2a). Soll er zum Vertreter der Gemeinde behufs Abschlusses eines Vertrages Namens der Gemeinde bestellt werden, so ist seine Bevollmächtigung durch die Gemeindeversammlung erforderlich. Von diesem Gesichtspunkte aus erscheint ein Vertragsschluß mit einer Landgemeinde in der Art rechtlich möglich, daß der von der Gemeindeversammlung in einem Gemeinde-Beschlusse erklärte Vertragswille als Vertragsangebot Seitens des in der Gemeindeversammlung gegenwärtigen Dritten oder dessen Vertreters angenommen oder die Annahme eines der Gemeinde gemachten und von der Gemeindeversammlung angenommenen Vertragsangebotes in der Gemeindeversammlung zur Kenntniß des Dritten oder des Vertreters desselben gebracht wird. IV. C. S. i. S. Gemeinde Harnau c. v. Puttkammer vom 2. Februar 1888, Nr. 287/87 IV.

28. Allerdings haftet der Beamte nach den Vorschriften des Preußischen Rechts (A. L. R. Thl. II Tit. 10, §§ 88, 89)

für jedes, mithin auch für ein geringes Versehen. (Vergl. die in Gruchot's Beiträgen Bd. 28 S. 968 und Bd. 30 S. 137 abgedruckten Urtheile des Reichsgerichts.) Allein der Umfang seiner Haftung bestimmt sich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 10—15 Thl. I Tit. 6 des A. L. R., welche auch für die Beschädigungen durch Amtshandlungen Geltung haben. Nun haftet aber Derjenige, welcher einen Anderen aus geringem Versehen beschädigt hat, außerhalb eines zwischen ihnen bestehenden Vertragsverhältnisses stets nur für den unmittelbaren Schaden, daher niemals für entgangenen Gewinn (§ 15 daselbst). Letzterer ist vielmehr, und auch nur in beschränktem Maße, erst im Falle eines mäßigen Versehens zu ersetzen (§§ 12, 13 daselbst). IV. C. S. i. S. Wolffgramm c. Formee vom 16. Februar 1888, Nr. 393/87 IV.

VI. Sonstige Preußische Landesgesetze.

Zu den Stempelgesetzen.

29. Welche Wirkungen das Indossament eines Ladescheins hat, bestimmt der Art. 303 des H. G. B. „Es gehen alle Rechte aus dem indossirten Papier auf den Indossatar über; der Verpflichtete kann sich nur solcher Einreden bedienen, welche ihm nach Maßgabe der Urkunde selbst oder unmittelbar gegen den jedesmaligen Kl. zustehen.“ Durch das Indossament hört der bisherige Berechtigte auf berechtigt zu sein, der Indossatar tritt an seine Stelle, ohne aber sein Rechtsnachfolger zu werden (Hahn Kommentar zum H. G. B. § 3 zum Art. 303). Objektiv erfolgt also durch das Indossament eines an Order ausgestellten Ladescheins eine Uebertragung von Rechten und daher ist, weil das Indossament als eine die Abtretung eines Rechts vermittelnde Urkunde, als eine schriftliche Cession im weiteren Sinne erscheint, dasselbe dem Cessionsstempel unterworfen. IV. C. S. i. S. Deutsche Bank c. Fiskus vom 16. Februar 1888, Nr. 335/87 IV.

Zu den Grundbuchgesetzen.

30. Die Frage, ob es zulässig ist, den Inhalt des im Eintragungsvermerke bezeichneten Begründungstitels zur Auslegung der im Eintragungsvermerke angegebenen Verpflichtung zu verwerthen, ist zu bejahen. Ausführlich begründet V. C. S. i. S. Weigel c. Stadt Thorn vom 1. Februar 1888, Nr. 286/87 V.

M.

Zur „Verschleppung der Rechtsstreite“.

Es ist in letzter Zeit viel über die angebliche Verschleppung der Rechtsstreite nach dem neuen Verfahren durch die Anwälte geschrieben worden.

Ein Umstand scheint bei der Verschleppungsfrage unberücksichtigt geblieben zu sein, das ist das weite Hinaussetzen der Termine von seiten der Gerichte.

Nachfolgende kurze Uebersicht wird zeigen, wie bei verschiedenen Gerichten verschieden schnell die Rechtsstreite — einfache Kauf- und Lieferungsklagen — erledigt werden.

Fortlaufende Nummer	Tag der Einreichung	Termine.
1.	24./9. 87.	22./11. 87.
2.	30./9. 87.	15./11. 87.
3.	22./11. 87.	30./12. 87.
4.	19./11. 87.	23./12. 87.
5.	21./12. 87.	23./1. 88.
6.	20./1. 88.	10./2. 88.
7.	1./2. 88.	21./2. 88.
8.	15./2. 88.	17./4. 88.
9.	18./2. 88.	18./4. 88.
10.	24./11. 87.	5./1. 88.
11.	18./11. 87.	14./12. 87.*)

*) Der Redaktion wurden die Amtsgerichte genannt, von welchen die obigen Terminsansetzungen herrühren.

Für die Redaktion verantw.: S. Haenle. Verlag: W. Moeser Hofbuchhandlung. Druck: W. Moeser Hofbuchdruckerei in Berlin.

№ 15 und 16. Berlin, 31. März. 1888.

Juristische Wochenschrift.

Herausgegeben von

S. Haenle, Justizrath, Rechtsanwalt in Ansbach.

und

M. Kempner, Rechtsanwalt beim Landgericht I. in Berlin.

Organ des deutschen Anwalt-Vereins.

Preis für den Jahrgang 20 Mark. — Inserate die Zeile 40 Pfg. — Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt.

Inhalt.

Aufsätze für die Juristische Wochenschrift, welche acht Spalten überschreiten, können nur ausnahmsweise angenommen werden. Aufsätze, welche sich auf Angelegenheiten des Anwaltstandes und die Reichsjustizgesetze beziehen, erhalten den Vorzug. Die Redaktion.

Vereinsnachrichten.

Der Vorstand hat nunmehr die Begutachtung der ersten Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs endgültig geordnet. Das Nähere darüber ist aus der Beilage ersichtlich. Die Herren Vereinsmitglieder werden ersucht, dem Unternehmen ihre vollste Theilnahme zu widmen und ungesäumt auf die für die Zeit vom 15. Juli 1888 bis 1. Oktober 1889 zum Besten der Hülfskasse für deutsche Rechtsanwälte herauszugebende Zeitschrift bei dem Schriftführer des Vereins oder den Herren Vertrauensmännern der Hülfskasse für deutsche Rechtsanwälte Bestellung zu machen, damit die Größe der Auflage bemessen werden kann.

Leipzig, 25. März 1888.

Mecke, Schriftführer.

Hülfskasse für deutsche Rechtsanwälte.

Die Anwaltskammer im Bezirke des Oberlandesgerichts zu Cöln hat der Kasse eine Beihülfe von 1000 Mark überwiesen. Der Kammer und ihrem Vorstande ist für die erfreuliche und erhebliche Gabe herzlichst gedankt.

Die Entscheidung des Ehrengerichtshofes vom 17. Januar d. J. (betr. Gebührentheilung)

hat in Anwaltskreisen gerechtes Aufsehen erregt. Zwei Gründe sind es, auf die sich diese Entscheidung stützt:

I. Theilung der Gebühr. — Illoyale Konkurrenz;

II. Theilung der Arbeit — gegen Anwaltszwang und Lokalisirungsprinzip.

Gestatten Sie hierzu einige Bemerkungen:

ad I. Illoyale Konkurrenz. Was heißt illoyale Konkurrenz? Daß Konkurrenz (Wettlauf im Erwerb) unter den Anwälten besteht und bestehen muß, namentlich in der freigegebenen Advokatur, wird Niemand bestreiten. Gewiß, die Konkurrenz darf nicht illoyal sein. Aber wann ist sie illoyal? Doch nur dann, wenn das Gesetz oder der unter Anwälten herrschende Anstand irgend eine Art von Konkurrenz verbietet. Die Frage ist also: Verbietet Gesetz und anwaltlicher Anstand die „Theilung der Gebühr"?

1. Daß ein gesetzliches Verbot in dieser Beziehung bestehe, behauptet auch die ehrengerichtliche Entscheidung nicht. Im Gegentheil, das Gesetz läßt die Theilung der Gebühren zu. Oder enthalten die §§ 42 und 43 G. O. etwas anderes? Freilich heißt es dort „auf Verlangen der Partei". Aber wenn es die Partei nicht verlangt, wenn Grund und Veranlassung zur Substitution in der Person des substituirenden Anwalts (Verhinderung, Abwesenheit, Krankheit) liegt, dann werden sich (conf. Meyers Kommentar zur Gebührenordnung §§ 42 und 43 Note 2) die Anwälte unter sich über die Gebühr zu verständigen haben. Ebenso wird gesetzlich nichts im Wege stehen, wenn eine Partei (in einer großen Sache) sich mehrere Anwälte bestellt, und diese sich in die Gebühren theilen.

2. Man wird sagen, das trifft nur zu für einen einzelnen Fall, ad hunc actum, aber nicht für ein „Generalmandat."

Man kann dahin gestellt sein lassen, ob, was für das Einzelmandat gilt, nicht auch für das Generalmandat gesetzlich zulässig sein sollte. In keinem Falle verbietet das Gesetz die Theilung der Gebühr beim Generalmandat. Sie verstößt aber auch

3. nicht gegen anwaltlichen Anstand und Sitte. Warum soll eine Verbindung der gerügten Art zwischen Land- und Amtsgerichtsanwalt nicht gestattet sein, während offene Associationen von Anwälten ohne Anstand bestehen?

Gewöhnlich associrt sich der vielbeschäftigte mit dem wenig oder gar nicht beschäftigten Anwalt, beide theilen Arbeit und Verdienst. Niemand findet darin eine illoyale Konkurrenz. Und doch wird dadurch der Verdienst der übrigen Anwälte mehr oder weniger geschmälert, denn die Mandate, die der vielbeschäftigte Anwalt (ohne Association) nicht hätte übernehmen können, wachsen (bei Association) jenen eben nicht zu. Auch

das in der Entscheidung betonte „Unterbieten" trifft genau auch auf Associationen, denn der vielbeschäftigte giebt an den sonst nicht beschäftigten Associé einen Theil seines Verdienstes ab. Die Abmachung zwischen den hier gerügten Anwälten ist nichts anderes als eine Art Association (speziell für Landgerichtssachen); sie ist nur weniger generell, als die Firma zweier associrter Anwälte. Letztere ist, wenn ein Vergleich gestattet ist mit dem Handelsstand, eine offene, jene eine Gesellschaft für bestimmte Geschäfte. Sie unterscheiden sich nicht in quali, sondern nur in quanto. Letztere beschränkt sich nur auf einen bestimmten Kreis von Sachen (Landgerichtssachen), während die offene Association alle übertragenen Sachen umfaßt. Die Gebühren (Verdienst) werden im einen wie im anderen Falle getheilt, die übrigen Anwälte im einen wie anderen Falle mehr oder weniger in ihrem Einkommen geschädigt. Warum also im einen Falle diszipliniren, im anderen nicht? In Städten, wo Land- und Oberlandesgericht residiren, kommt es nicht selten vor, daß Land- und Oberlandesgerichtsanwalt sich associren, lediglich um sich gegenseitig die Mandate und Substitutionen zuzuweisen. Aehnliche Abmachungen bestehen zwischen Anwälten an Landgerichten und Oberlandesgerichten (I und II), die in verschiedenen Städten residiren, so daß der Oberlandesgerichtsanwalt prokurirt, während der Landgerichtsanwalt per substitutionem am Oberlandesgericht plädirt. Alles unter Theilung der Gebühren.

Sollte das Erstere erlaubt sein, das Letztere nicht?

Oder sollte beides erlaubt und nur grade die hier gerügte Verbindung zwischen Amtsgerichts- und Landgerichtsanwälten verboten sein?

Logisch wäre dies nicht, denn maßgebend ist die Theilung der Gebühren, ob nun der Anwalt erster Instanz (als Substitut des Instanzbevollmächtigten) oder der Anwalt zweiter Instanz (als Instanzbevollmächtigter des Anwalts erster Instanz) plaidirt.

4. Das Ungehörige der gerügten Verbindung findet die Entscheidung in dem „gesicherten und bequemen Generalmandat" des Landgerichtsanwalts einerseits, und in dem „pekuniären Vortheil" des Amtsgerichtsanwalts andererseits. Das Korrekte wäre also gewesen, der Amtsgerichtsanwalt hätte mit dem Landgerichtsanwalt die Gebühren nicht getheilt, sondern sich die Korrespondenzgebühr vom Klienten ausbedungen und dann die Sachen an verschiedene Landgerichtsanwälte geschickt, damit ein und der nämliche Landgerichtsanwalt nicht „ein bequemes und gesichertes Generalmandat" erlangt. Dies heißt nichts Anderes, als den Rechtsuchenden doppelt belasten und gleichzeitig dem Amtsgerichtsanwalt das verbieten, was sonst jedem Menschen erlaubt ist, den Mann seines Vertrauens zu empfehlen und ihm seine Sachen zuzuweisen. Wie aber, wenn der Amtsgerichtsanwalt der Sohn, der Bruder ꝛc. des Landgerichtsanwalts ist? Soll denn jenem auch verboten sein, seinem Vater, Bruder ꝛc. (Landgerichtsanwalt) unter Theilung der Gebühr die Sachen zuzuweisen? Mit der gesunden Vernunft wäre dies kaum vereinbar, allein konsequent müßten auch diese disziplinirt werden.

ad II. Theilung der Arbeit, heißt es in der Entscheidung, sei mit Anwaltszwang und Lokalisirungsprinzip nicht vereinbar. Der Landgerichtsanwalt, der nach den Schriftsätzen des Amtsgerichtsanwalts plaidire, sei, so zu sagen, nur der Strohmann des letzteren, während er der dominus litis sein müsse. Gewiß, der Prozeßbevollmächtigte und zugleich plaidirende Anwalt muß den Prozeß ganz in der Hand haben. Allein wird denn dadurch, daß ein Anderer, sei er Anwalt oder nicht, die Schriftsätze bearbeitet, dem plaidirenden Prozeßbevollmächtigten der Einfluß auf die Sache entzogen? Hat er nicht alle Machtbefugnisse, die ihm seine Vollmacht gewährt? Schriftsätze, die ein Anderer fertigt, erleichtern ihm vielleicht das Plaidoyer (vielleicht auch nicht), aber sein Handeln dem Gericht und dem Gegner gegenüber bleibt völlig frei und selbstständig. Auch der direkte Verkehr mit dem Klienten wird dadurch nicht ausgeschlossen. Wenn der plaidirende Anwalt in dieser Beziehung seine Schuldigkeit nicht thut, so verletzt er vielleicht seine anwaltliche Pflicht, allein er verstößt nicht gegen die Vorschriften über Anwaltszwang und Lokalisirungsprinzip. Ebensowenig der Amtsgerichtsanwalt, der thatsächlich nur als Hülfsarbeiter fungirt und fungiren kann, weil das Schwergewicht nicht in den vorbereitenden Schriftsätzen, sondern in der mündlichen Verhandlung liegt. Umgekehrt: Hätte der Landgerichtsanwalt den Amtsgerichtsanwalt für die mündliche Verhandlung beim Landgericht substituirt und dessen Schriftsätze einfach unterschrieben, so wäre der Landgerichtsanwalt der wahre Strohmann. Und doch wäre hiergegen nichts zu erinnern gewesen, weil das Gesetz dies zuläßt.

Die Rechtsanwaltschaft ist auch bei uns noch ein nobile officium (wenn auch kaum vergleichbar mit dem patrocinium der alten Römer), aber sie ist doch andererseits auch ein Geschäft, eine Quelle des Verdienstes. Das Gesetz verbietet nicht die Theilung der Gebühr und der Arbeit, im Gegentheil, es läßt diese zu. Was das Gesetz zuläßt, kann nicht als inhonestum gelten. In England und Frankreich, wo die Advokatur nicht weniger auf Anstand hält, wie bei uns, sind Verbindungen zwischen barrister und sollicitor, zwischen avocat und avoué gang und gäbe. Jeder sollicitor und avoué hat seinen bestimmten barrister und avocat, dem er die Sachen zuweist und den er instruirt. Niemand findet darin eine „illoyale Konkurrenz"; der sollicitor und avoué ist sogar die legitime Mittelsperson zwischen barrister und advocat. Unser Amtsgerichtsanwalt ist (wie der Amtsrichter) als der eigentliche Rathgeber des Landpublikums gedacht und geschaffen. Wenn dieses in seiner Rechtsnoth sich an den Amtsgerichtsanwalt wendet, der dann seinem Landgerichtsanwalt die Sache unter Theilung der Gebühr und Arbeit zuschickt, so sollte man dieses Verhältniß eher begünstigen, als verbieten, denn das rechtsuchende ländliche Publikum erspart Zeit und Kosten und wird obendrein den verderbenbringenden Winkeladvokaten entzogen.

Die Freigabe der Advokatur erfordert die schärfste Disziplin, aber doch nur da, wo es sich um die Ehre und die Achtung des Standes handelt. So lange das Gesetz die Theilung der Gebühr, die Substitution zuläßt und Anwaltsassociationen unbeanstandet bestehen, insolange dürfte auch eine Verbindung der gerügten Art die Ehre des Standes nicht verletzen. Zu spitz sticht nicht, zu scharf schneidet nicht. Verbindungen der gerügten Art liegen in der Natur unserer Advokaturverhältnisse. Verbote dagegen werden wirkungslos sein, derartige Verbindungen werden trotz Verbots in einer oder der anderen Form fortbestehen.

X.

Vom Reichsgericht.*)

Wir berichten über die in der Zeit vom 4. bis 18. März 1888 ausgefertigten Erkenntnisse.

I. Die Reichsjustizgesetze.

Zur Civilprozeßordnung.

1. Das Oberlandesgericht hat mit Recht angenommen, daß es im vorliegenden Fall an einem bestehenden Rechtsverhältniß im Sinne des § 231 der C. P. O. fehle, und daß hiernach die erhobene Klage unbegründet sei. Zwar kann eine Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses auch in der Richtung in Frage kommen, wo es sich um künftige Wirkungen eines Rechtsvorgangs handelt. Im vorliegenden Fall handelt es sich aber nicht um etwas Derartiges; vielmehr wird lediglich ein allgemeiner Ausspruch darüber begehrt, nach welchen Grundsätzen die Postbehörde bei künftigen, an sich ganz unbestimmten Postsendungen hinsichtlich der Zustellung derselben zu verfahren habe. Es kann nun aber nicht etwa daraus, daß die Postverwaltung ein Monopol hinsichtlich der Beförderung habe, die Folgerung abgeleitet werden, es bestehe ganz allgemein zwischen der Postverwaltung und allen Personen, welche möglicherweise künftig der Post sich bedienen oder durch dieselbe Sendungen zu erhalten haben, schon jetzt ein Rechtsverhältniß, und es könne daher auch im vorliegenden Fall ein Ausspruch darüber begehrt werden, nach welchen Grundsätzen die Postbehörde bei künftigen Postsendungen hinsichtlich der Zustellung derselben zu verfahren habe. II. C. S. i. S. Rothweiler c. Deutschen Reichsfiskus vom 24. Februar 1888, Nr. 316/87 II.

2. Zulassung der vom B. R. für unzulässig erklärten Berufung: Nach §§ 479, 515 der C. P. O. erfolgt die Einlegung der Berufung und der Revision durch Zustellung eines Schriftsatzes. Deswegen ist der Zeitpunkt dieser Zustellung maßgebend für die Zulässigkeit der Rechtsmittel, nicht bloß in Bezug auf die Wahrung der Nothfrist, sondern auch in Bezug auf die wesentliche Beschaffenheit des Beschwerdegegenstandes. Die Norm des § 94 der C. P. O. ist daher nur dann anwendbar, wenn in dem gekennzeichneten kritischen Zeitpunkt das eingelegte Rechtsmittel, als Angriff gegen eine Urtheilsentscheidung in der Hauptsache, nicht eingelegt sein konnte, oder wenn nach Einlegung des Rechtsmittels auf dasselbe als Rechtsmittel gegen die Entscheidung in der Hauptsache verzichtet worden ist. Beide Voraussetzungen sind im vorliegenden Falle nicht gegeben. Nicht nur konnte zur Zeit der Einlegung des Rechtsmittels die Berufung gegen die Entscheidung in der Hauptsache gerichtet sein, sondern es ist sogar in der Berufungsschrift der Wille, das ganze Urtheil erster Instanz anzugreifen, zum klaren Ausdruck gebracht. Wenn nun in der mündlichen Verhandlung festgestellt wurde, daß nach der Einlegung der Berufung die Dauer des Vertragsverhältnisses, in dessen Aufhebung der Beklagte zu willigen verurtheilt werden sollte, abgelaufen sei, und nun die Abänderung des erstinstanzlichen Urtheils dahin beantragt wurde, a) der Klageanspruch wird für erledigt erklärt; b) die Kosten beider Instanzen werden dem Bekl. auferlegt; so ist ganz deutlich hervorgehoben, daß auch der Theil des Antrages unter a, auf eine Abänderung des erstinstanzlichen Urtheils gerichtet ist. Beide Antragstheile zusammen (in Verbindung mit ihrer Voraussetzung) haben den klaren Sinn, es solle nicht bei der erstinstanzlich erkannten Abweisung der Klage, als einer in sich hinfälligen, verbleiben, sondern (auf Grund der Beurtheilung des Rechtsstreits, daß der Kl. bei dem Streite im Rechte, der Bekl. im Unrecht sei,) der (begründete und in einer den Kl. beschwerenden Weise in erster Instanz zu Unrecht abgewiesene) Klageantrag auf Verurtheilung des Bekl. zur Einwilligung in die Aufhebung des Vertragsverhältnisses nur (mit Rücksicht auf die inzwischen durch Ablauf der Vertragszeit bereits eingetretene Aufhebung dieses Verhältnisses) für erledigt erklärt, und in Konsequenz dieser die Sachfälligkeit des Bekl. aussprechenden richterlichen (die erstinstanzliche Entscheidung abändernden) Entscheidung auch die Kosten beider Instanzen dem Bekl. auferlegt werden. Sinngemäß steht die Sache in dem vorliegendem Falle (bei dessen eigenartiger Nüancirung) eben so, als wenn der Kl. dem ursprünglich in Aussicht gestellten Antrag gestellt und beantragt hätte, im Thatbestande die inzwischen erfolgte Beendigung des Vertragsverhältnisses durch Zeitablauf festzustellen. Einen Verzicht oder ein Fallenlassen des in der Hauptsache gegen das Urtheil erster Instanz eingelegten Rechtsmittel seitens des Kl. anzunehmen, fehlt es an jeder Grundlage. I. C. S. in Sachen Hemmé c. Taaß vom 25. Februar 1888, Nr. 404/88 I.

3. Von einer Einstellung der Zwangsvollstreckung und Aufhebung der erfolgten Vollstreckungsmaßregeln im Sinne der §§ 647, 657 der C. P. O. kann nur so lange die Rede sein, als die Vollstreckung noch nicht zur Ausantwortung des Objekts, welches ihr Gegenstand geworden, an den Vollstreckungsgläubiger geführt hat. Eine Wiederabnahme des Gegenstandes diesem gegenüber im Wege der Zwangsvollstreckung gegen ihn geht durchaus über eine Aufhebung der Vollstreckungsmaßregeln gegen den Schuldner sowohl begrifflich wie insbesondere auch im Sinne der C. P. O. hinaus. Letzteres ergiebt sich aus § 655 Abs. 2 der C. P. O., der gerade deshalb, weil in dem Falle, daß eine vorläufige Zwangsvollstreckung auf Grund eines noch nicht rechtskräftigen Urtheils zur Ausantwortung des Objekts an den Vollstreckungsgläubiger geführt hat, bei Beseitigung dieses Urtheils in der höheren Instanz anderenfalls die Erhebung des Anspruchs auf Erstattung in einem neuen Prozesse unvermeidlich wäre, eine Verurtheilung des Vollstreckungsgläubigers zu solcher Erstattung in demselben Prozesse seitens der das vorläufig vollstreckbar gewordene Urtheil in der Sache abändernden Gerichts der höheren Instanz auf Antrag des Vollstreckungsbeklagten vorsieht. I. C. S. i. S. Seelig c. Guttmann vom 15. Februar 1888, B. Nr. 12/88 I.

4. Die Bestimmungen der C. P. O. über vorläufige Vollstreckbarkeit der Urtheile finden sich im 8. Buche derselben, welches von der Zwangsvollstreckung handelt, nur wegen ihres äußeren Zusammenhangs mit der letztern. Nach der Auffassung der C. P. O. bildet die Verfügung bezüglich der vorläufigen Vollstreckbarkeit eines Urtheils nicht eine Entscheidung im Zwangsvollstreckungsverfahren, sondern einen Bestandtheil des zu vollstreckenden Urtheils selbst. Vergl. Struckmann und Koch, Kommentar zur C. P. O., Anm. 2 zu §§ 648 ff. Nur aus dieser

*) Nachdruck ohne Angabe der Quelle verboten.

Auffassung erklärt es sich, daß nach § 653 der C. P. O. die betreffenden Parteianträge vor dem Schlusse der mündlichen Verhandlung zu stellen sind und daß nach § 654, wenn über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf Antrag oder in den gesetzlich bestimmten Fällen von Amtswegen nicht entschieden ist, wegen Ergänzung des Urtheils der § 292 zur Anwendung kommt. Der bezeichneten Auffassung entspricht es, daß die Entscheidung über vorläufige Vollstreckbarkeit auch nur mit dem Rechtsmittel der Berufung angefochten werden kann und daß der B. R. eine solche nur in den durch die Berufungs- und Anschließungsanträge bestimmten Grenzen zu treffen hat. Von dieser Berufungsentscheidung handelt der § 656 in Abs. 1 während Abs. 3 bestimmt, daß eine weitere Anfechtung derselben nicht stattfindet. Ob der bei dem B. R. gestellte Antrag des Kl., das erste Erkenntniß für vorläufig vollstreckbar zu erklären, nicht schon hiernach zurückgewiesen werden konnte, ist nicht zu erörtern. Jedenfalls war es zutreffend, daß derselbe in der mündlichen Verhandlung gestellt und durch Urtheil darüber erkannt wurde. Demselben gleich zu behandeln ist ein Antrag auf Abwendung der Vollstreckung durch Sicherheitsleistung. Das Gericht kann nach § 652 der C. P. O. auf Antrag die vorläufige Vollstreckbarkeit von einer vorgängigen Sicherheitsleistung des Gläubigers abhängig machen und hat, wenn sich derselbe zu dieser nicht erbietet, auf Antrag dem Schuldner die Abwendung der Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung nachzulassen. Beide Verfügungen enthalten aber nur besondere Einschränkungen der vorläufigen Vollstreckbarkeit selbst und der Antrag des Schuldners auf deren Erlaß verhält sich daher zu dem des Gläubigers auf Anordnung der vorläufigen Vollstreckbarkeit nur als ein modifizirender Gegenantrag. Hieraus ergiebt sich von selbst, daß dieser Gegenantrag auch nur gleichzeitig mit dem Antrage des Gläubigers mündlich zu verhandeln und daß über beide in demselben Urtheil zu erkennen ist. Eben dies ist aber auch der Sinn des § 653 der C. P. O., wonach sämmtliche bezügliche Anträge, einschließlich derjenigen des § 652 vor dem Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf welche das Haupturtheil ergeht, gestellt werden müssen, abgesehen natürlich von einem nach § 654 etwa erforderlichen Ergänzungsurtheil und der darauf sich beziehenden weiteren Verhandlung. Das nachträgliche schriftliche Gesuch des Bekl. um Gestattung der Abwendung der Vollstreckung durch Sicherheitsleistung ist daher von dem B. R. mit Recht für unzulässig erachtet. VI. C. S. i. S. Kircher c. Fiskus vom 23. Februar 1888, B Nr. 24/88 VI.

5. Das O. L. G. ist auf die vom L. G. geprüfte und verneinte Frage, ob § 117 K. K. O. dem Konkursverwalter die Befugniß gewährt, dem Verkauf der gepfändeten Gegenstände durch den Gläubiger entgegenzutreten, überhaupt nicht eingegangen, sondern hat den Beschwerdeführer in Anwendung von § 690 C. P. O. auf den Weg der Klage verwiesen. Darin liegt ein neuer selbstständiger Beschwerdegrund gemäß § 731 Abs. 2 C. P. O. Die weitere Beschwerde erscheint aber auch begründet. Der Konkursverwalter hat nicht ein die Veräußerung hinderndes Recht an den Gegenständen der Zwangsvollstreckung in Anspruch genommen, sondern nur einen Antrag, betreffend die Art und Weise der Zwangsvollstreckung gestellt. Auf derartige Anträge aber ist nicht Art. 690, sondern Art. 685 C. P. O. anwendbar, d. h. es entscheidet über dieselben das Vollstreckungsgericht. An letzteres hat sich der Beschwerdeführer auch gewendet. I. C. S. i. S. Most Konk. vom 7. März 1888, B. Nr. 16/88 I.

6. Daß die Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung oder des Arrestes die Klage des gepfändeten Gläubigers oder dessen Antrag auf Zwangsvollstreckung behufs der Deposition nicht ausschließt, hat das R. G. bereits wiederholt ausgesprochen. Daß die C. P. O. diese Art der Zwangsvollstreckung, welche sich von selbst daraus ergiebt, daß der Drittschuldner sich durch Zahlung an seinen Gläubiger nicht mehr befreit und daß andererseits der Gläubiger dadurch, daß ihm die Forderung gepfändet wird, seinen Anspruch gegen den Schuldner nicht verliert, für den hier vorliegenden Fall nicht ausdrücklich zuläßt, ist kein Grund sie auszuschließen. I. C. S. i. S. Gloy c. Simms vom 29. Februar 1888, B. Nr. 14/88 I.

7. Das O. L. G. geht mit Recht davon aus, daß unter „den Landesgesetzen", auf welche in § 774 Abs. 2 C. P. O. verwiesen worden, nicht nur die Gesetze im engeren Sinne, sondern das Landesrecht zu verstehen sei, daß es also darauf ankomme, ob nach dem in der Provinz Hannover geltenden Rechte, die Erzwingung der Herstellung des ehelichen Lebens, insbesondere auch wenn es sich um die Weigerung des ehelichen Beischlafs handelt, zulässig sei. Wenn dieses auf Grund eines in der Provinz Hannover bestehenden Gewohnheitsrechts, wonach einer Verurtheilung zur Herstellung des ehelichen Lebens nach der Praxis der früheren Ehegerichte durch Androhung und eventuelle Vollstreckung an Geld- und Gefängnißstrafen Nachdruck gegeben wurde, angenommen wird, so können die hiergegen erhobenen Einwendungen für begründet nicht erachtet werden. III. C. S. i. S. Schultz c. Schultz vom 21. Februar 1888, B Nr. 9/88 III.

8. Die Beschwerde bestreitet mit Unrecht die Anwendbarkeit des § 774 der C. P. O. unter dem Gesichtspunkte, daß die Aufstellung der Bilanz auch von einem Dritten vorgenommen werden könne. Was mit dieser Aufstellung und Mittheilung hier gefordert wird, ist die in kaufmännisch üblicher und erforderlicher Form erfolgende Auskunft über die Ergebnisse einer eigenen Geschäftsthätigkeit für ein Vermögen, welche Auskunft den Ertheilenden binden soll. Dies ist naturgemäß eine Handlung, die nicht ein Dritter vornehmen kann. Die Motive zum Entwurf der C. P. O. zählen auch unter den unter § 334 fallenden Handlungen gerade die Auskunftsertheilung und Rechnungslegung auf. Da aber der Anspruch auf Vollstreckung eines Schiedsspruchs, gleichviel, was die Interessenten hierüber vereinbart haben möchten, nach der staatlichen Ordnung in den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ausschließlich zur Cognition der Gerichte steht und die Entscheidung hierüber einem Schiedsrichter nicht übertragen werden kann, so gebührt auch dem Gericht, welches über den Vollstreckungsanspruch entschieden hat, allein die Prüfung, über die Art der Zwangsvollstreckung, sowie über solche Erinnerungen, welche in einer bestimmten Auslegung des Sinnes des Vollstreckungsurtheils dahin erhoben werden, daß diesem Urtheil bereits genügt sei. Schiedsspruch und Vollstreckungsurtheil ergänzen sich nicht gegenseitig in der Weise, daß das Vollstreckungsurtheil nur die Vollstreckung von etwas seinem Inhalte und Umfange nach unbestimmt Gelassenen für begründet erachtet, so daß,

wenn der Verurtheilte Erinnerungen gegen die Bedeutung des Schiedsspruchs in Bezug auf Inhalt und Umfang der Leistung, auf die er ergangen, erhebt, hierüber wieder die Cognition des Schiedsrichters einzutreten hätte, bei welcher Annahme die Vollstreckung überhaupt illusorisch werden würde. Vielmehr entscheidet das Vollstreckungsgericht über den Anspruch auf Vollstreckbarkeit wegen einer bestimmten Leistung, welche es als die in dem Schiedsspruch ausgesprochene erachtet, wie es denn auch bei seiner Prüfung des Anspruchs zur Würdigung, ob der Schiedsspruch auf eine solche Leistung ergehen durfte, sich klar machen muß, auf welche Leistung der Schiedsspruch ergangen ist. I. C. S. i. S. Brandt c. Schröder vom 15. Februar 1888, B. Nr. 5/88 I.

Zur Rechtsanwaltsgebührenordnung.

9. Der § 13 Ziffer 4 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte setzt, wie vom Reichsgericht wiederholt angenommen worden ist und wie die Vergleichung mit § 323 der C. P. O. zeigt, nicht blos den Erlaß eines Beweisbeschlusses, sondern auch voraus, daß eine Beweisaufnahme in einer der in § 326 bis 335 geordneten Weisen wenn nicht vollendet, so doch mindestens begonnen und so das Beweisaufnahmeverfahren wenigstens eingeleitet worden ist. Eine solche auch nur theilweise Beweisaufnahme hat aber vorliegenden Falls, wo es zu einer Zeugenvernehmung überhaupt nicht gekommen ist, nicht stattgefunden. III C. S. i. S. Pulvermüller c. Pulvermüller vom 28. Februar 1888, B. Nr. 18/88 III.

II. **Das Handelsrecht.**

10. Es handelte sich um die Zeichnung auf Aktien einer erst noch zu gründenden Gesellschaft und nicht um die Subskription auf Aktien, welche bereits von Anderen (Gründern) fest übernommen waren. Nur in letzterem Falle kann von einem Kaufgeschäft über die bereits existirenden oder noch zur Entstehung gelangenden Aktien zwischen den ersten Uebernehmern und deren weiteren Abnehmern die Rede sein. Im ersteren Falle hingegen liegt weiter nichts vor, als die Zusicherung des Zeichners — sei es gegenüber den Mitzeichnern oder gegenüber den Projektanten —, sich mit einem bestimmten Betrage an dem Grundkapitale der projektirten Aktiengesellschaft gegen Erwerb entsprechender Theilnahmerechte (Aktien) betheiligen zu wollen. Das hierdurch begründete Vertragsverhältniß enthält keines der wesentlichen Elemente eines Kauf- oder Lieferungsgeschäfts. Weder hat die zugesagte Einlage die Natur des Preises, noch das durch dieselbe begründete Antheilsrecht an dem Vermögen der — künftigen — Aktiengesellschaft die Natur einer von den Projektanten oder Mitzeichnern zu liefernden Sache. IV. C. S. i. S. Fiskus c. Deutsche Rück- und Mitversicherungsgesellschaft zu Berlin vom 20. Februar 1888, Nr. 385/87 IV.

11. Das L. G. stellt fest, daß der Bekl. die in Art. 271 Nr. 1 des H. G. B. bezeichneten Handelsgeschäfte gewerbmäßig betreibt. Aus dieser weder von den Parteien, noch vom B. R. beanstandeten thatsächlichen Feststellung folgt gemäß Art. 4 des H. G. B. die Kaufmannseigenschaft des Bekl. ohne Rücksicht auf den Umfang seines Gewerbebetriebs. Die Ansicht des B. R., daß der Bekl. als Tischlermeister nur dann Kaufmann sei, wenn er „durch erhebliche Anschaffung von Rohstoffen Käufe zu verarbeitender und weiter zu veräußernder Waaren abschließe", ist ebensowenig zu billigen, wie die hieraus gezogene Folgerung, daß, nachdem Bekl. die gegnerische Behauptung über den Umfang seines Umsatzes eidlich abgeleugnet, „der einzige Beweis für die Kaufmannseigenschaft des Bekl. gefallen" sei. Ist aber der Bekl. auf Grund des Art. 271 Nr. 1 als Kaufmann im Sinne des H. G. B. anzusehen, so kommt weiter in Frage, ob auf das in Rede stehende Abkommen die Bestimmung des Art. 273 Abs. 3 Anwendung findet, nach welcher Weiterveräußerungen von Handwerkern, in so weit dieselben nur in Ausübung ihres Handwerksbetriebes geschehen, nicht als Handelsgeschäfte zu betrachten sind. Diese Frage ist zu verneinen. Auf den Umfang des vom Bekl. betriebenen Gewerbes ist auch hier nicht einzugehen; der entscheidende Grund ist, daß das gedachte Abkommen an sich nicht dem Bereich der obigen Bestimmung angehört. Dasselbe bezieht sich zwar auf eine Forderung, die anscheinend aus einem Veräußerungsgeschäft entstanden ist, aber nur in mittelbarer Weise. In der Mitte liegt die Urkunde, in welcher der Bekl. seine Verbindlichkeit anerkannt und durch Hypothekbestellung gesichert hat, sowie das auf Grund derselben ergangene Urtheil des Vorprozesses. Wenn das gedachte Abkommen mit dem vom Kl. behaupteten Inhalt geschlossen ist, so stellt sich dasselbe als ein Erlaßvertrag dar, dessen unmittelbarer Gegenstand der durch das Judikat begründete Anspruch des Bekl. ist. Auf einen derartigen Vertrag kann die Ausnahmebestimmung des Art. 273 Absatz 3 weder nach ihrer Wortfassung, noch nach ihrem gesetzgeberischen Motiv bezogen werden. Dieselbe ist ausweislich der Protokolle der Nürnberger Konferenz S. 1298 f., 1424 in der zweiten Lesung wesentlich aus Rücksicht auf die den Handwerkern als Käufer gegenübertretenden Personen beschlossen worden; es lag dabei nicht die Absicht zu Grunde, für den Handwerker, der gesetzlich als Kaufmann anzusehen ist, eine besondere außerhalb des Handelsrechts liegende Rechtssphäre zu schaffen. Insoweit der Gesetzgeber letzterer Absicht Ausdruck geben wollte, ist dies durch Art. 10 des H. G. B. geschehen. I. C. S. i. S. Kräutlein c. Sebastian vom 29. Februar 1888, Nr. 34/88 I.

12. Kl. war, wie die beiden Vorinstanzen mit Recht annehmen, nicht Handlungsgehülfe, sondern selbstständiger Kaufmann, der von den Bekl. mit der Vermittelung von Handelsgeschäften (Verkäufen) beauftragt war und zugleich Vollmacht zur Einkassirung der Forderungen aus den von ihm vermittelten Geschäften hatte. Er war mithin Agent der Bekl. Das Vertragsverhältniß unter den Parteien ist daher nicht nach dem sechsten Titel des ersten Buchs des Allgemeinen Deutschen H. G. B. sondern abgesehen von den im ersten Titel des vierten Buches enthaltenen Bestimmungen über Handelsgeschäfte in Ermangelung von Handelsgebräuchen nach den Vorschriften des A. L. R. über Verträge über Handlungen zu beurtheilen. Daß bei einem auf dauernde geschäftliche Verbindung berechneten Vertragsverhältniß, wie das vorliegende, zu dessen wesentlichen Voraussetzungen die Möglichkeit eines angemessenen Verkehrs unter den Kontrahenten gehört, das beleidigende Verhalten eines Kontrahenten eine Rücktrittsbefugniß für den anderen begründen kann, folgt schon aus Art. 278 des H. G. B.; es ist aber auch nicht zu bezweifeln, daß derartige Beleidigungen „den aus der Natur des Geschäfts sich ergebenden Endzweck desselben" unmöglich machen können und daß in einem solchen Fall die §§ 377 ff. Thl. I Tit. 5 des A. L. R. auf dieselben an-

wendbar sind. I. C. S. i. S. Gencke c. Sauer vom 25. Februar 1888, Nr. 395/87 I.

13. Vom R. O. H. G. und vom R. G. ist in konstanter Praxis angenommen worden, daß Verträge über Lieferung einer bestimmten Quantität von Waaren, welche aus einem bestimmten Stoff in verschiedenen Dimensionen oder in sonst verschiedener Gestaltung z. B. in verschiedener Färbung, nach den Angaben des Beziehers („Spezifikation“) herzustellen und für welche nach der verschiedenen Herstellungsart verschiedene Preise zu zahlen sind — als perfekte Käufe erscheinen, und daß durch die schuldvolle Unterlassung der Spezifikation Annahmeverzug begründet wird. Daraus folgt, daß, wenn ein derartiger Vertrag aus sonstigen Gründen Handelsgeschäft ist, im Fall der schuldvollen Unterlassung der Spezifikation die Rechtsfolge über die Wirkungen des Verzugs bei Erfüllung von Handelskäufen, insbesondere also auch die Bestimmungen des Art. 354 H. G B. zur Anwendung kommen. Der Verkäufer kann also, wenn er bei unterlassener Spezifikation Seitens des Käufers von diesem Schadensersatz verlangen will, denselben nur unter der Voraussetzung fordern, daß er die betreffenden Waaren unter Vorbehalt der Spezifikation durch den neuen Käufer verkauft hat, und daß bei diesem Selbsthülfeverkauf nach den Vorschriften des Art. 343 H. G. B. verfahren worden ist. I. C. S. i. S. Zeiner und Schumann c. Liebes und Zapp vom 10. Dezember 1887, Nr. 280/87 I.

14. Art. 347 des H. G. B. schreibt nur die alsbaldige Anzeige der Mangel der gelieferten Waare unter dem Präjudiz des Verlustes der Rüge dieser Mängel vor. Für den Fall jedoch, daß statt der vertragsmäßigen Waare eine ganz andere Waare geliefert ist, wird nicht bestimmt, daß bei Versäumniß der Anzeige dieses Umstands die Waare als genehmigt gelte. I. C. S. i. S. Fröbelner Zuckerfabrik c. Molinari & Söhne vom 31. Dezember 1887, Nr. 317/87 I.

15. Der Anspruch des Kommittenten, daß der Kommissionär ihm Rechenschaft über das Geschäft gebe, ist nach Art. 361 cit. in jedem Falle begründet, sobald eine Kommission zum Ein- oder zum Verkaufe ertheilt ist. Der Kommissionär hat aber das Wahlrecht, ob er Rechenschaft nach Art. 361 geben oder nach vorgängiger Erklärung, daß er von dem ihm nach Art. 376 zustehenden Rechte, als Selbstkontrahent einzutreten Gebrauch mache, Rechnung nach Art. 376 stellen will. Liegen die Voraussetzungen des Art. 376 vor und erklärt der Kommissionär von diesem Rechte Gebrauch machen zu wollen, so muß der Kommittent mit dem Nachweise sich begnügen, daß bei dem von dem Kommissionär berechneten Preise der Börsenpreis oder der Marktpreis zur Zeit der Ausführung des Auftrags eingehalten sei, es sei denn, daß er zu behaupten und nachzuweisen vermag, daß das Wahlrecht des Kommissionärs durch Vertrag ausgeschlossen oder daß der Kommissionär dasselbe auf eine sonstige, rechtlich anerkannte Weise verloren habe. Die Geltendmachung dieses Wahlrechts des Kommissionärs setzt aber selbstredend voraus, daß derselbe auf dasselbe sich beruft, daß er erklärt, als Selbstkontrahent eintreten zu wollen. III. C. S. i. S. Behnke c. Dilworth vom 21. Februar 1888, Nr. 281/87 III.

16. Es ist von dem allgemeinen Satz auszugehen, daß der Verfrachter eines Schiffs gegen den Befrachter beziehentlich Ablader (ebenso wie bei Landtransport der Frachtführer gegen den Absender) wegen des durch das abgeladene Gut verursachten Schadens nur dann einen Anspruch hat, wenn den Befrachter ein Verschulden trifft. Für casus haftet der Befrachter nicht, mit anderen Worten: die Thatsache allein, daß der Schade durch das abgeladene Gut verursacht ist, macht den Befrachter nicht schadensersatzpflichtig. Diesen Satz habe das R. G. Betreffs des Transports zu Lande ausgesprochen in Entscheidungen des R. G. Bd. 15 Nr. 30 S. 151. Der Umstand, daß der Transport des Guts wegen seiner besonderen Beschaffenheit mit besonderen Gefahren verbunden ist, macht an sich den Befrachter nicht haftbar für den durch diese Beschaffenheit verursachten Schaden. Kannte der Verfrachter die betreffende Eigenschaft des Guts und hat er trotzdem den Transport übernommen, so hat er auch die betreffende Gefahr übernommen. Allein darin kann ein den Befrachter haftbar machendes Verschulden gefunden werden, daß er dem Verfrachter die betreffende Eigenschaft des Guts verheimlicht. Abgesehen von den Wirkungen des durch die Verheimlichung hervorgebrachten Irrthums des Verfrachters hat die Verheimlichung den Verfrachter abgehalten, diejenigen Vorkehrungen zur Verhütung eines Unfalls zu treffen, welche er bei Kenntniß der betreffenden Eigenschaft als vorsichtiger Geschäftsmann getroffen haben würde. Die Verheimlichung erscheint daher als Verschulden, welches dem Befrachter die Haftung für den aus der verheimlichten Eigenschaft entstandenen Schaden aufbürdet. Was als Verheimlichung aufzufassen ist, insbesondere ob jedes Unterlassen der Angabe des Wesens des Guts beziehentlich der gefährlichen Eigenschaft desselben als Verheimlichung erscheint, oder umgekehrt, ob die Haftung nur durch eine positiv unrichtige Bezeichnung des Guts begründet ist, für welchen Fall der Satz in Art. 564 des H. G. B. formulirt ist, kann hier unerörtert gelassen werden, denn im vorliegenden Fall ist die Wesenheit des Guts vom Befrachter deutlich angegeben. Es ist nun allerdings denkbar, daß trotz genauer Bezeichnung des Guts dem Verfrachter die besondere Gefährlichkeit desselben unbekannt bleibt. Allein nur unter ganz besonderen Umständen wird diese Nichtkenntniß als vom Befrachter verschuldet erscheinen können, z. B. wenn das Gut im Verkehr selten vorkommt und seine Besonderheit dem Befrachter, aber nicht dem Verfrachter bekannt war, der Befrachter auch letzteres wußte, oder wenn eine ungewöhnliche Bezeichnung gebraucht ist. Keinenfalls kann aber, wenn es sich um eine im Verkehr bekannte Waarengattung handelt und die Bezeichnung nicht irre führend ist, dem Befrachter in Ermangelung einer besonderen Vertragsbestimmung ein Vorwurf daraus gemacht werden, daß er die besondere Eigenschaft des Guts nicht noch ausdrücklich hervorgehoben hat. Weder der Umstand, daß der Befrachter der Regel nach Offerent des Frachtvertrags ist, noch die ganz unberechtigte Annahme eines größeren Sachverständnisses des Befrachters würde es rechtfertigen, dem Befrachter eine derartige Verpflichtung aufzuerlegen. I. C. S. i. S. Carron c. Matthies und Comp. vom 14. Dezember 1888 Nr. 301/87 I.

17. Was den Ausschluß der Haftung für dolus und culpa lata derjenigen Personen, deren sich der Frachtführer bei Ausführung des Transports bedient (beim Frachtvertrag), betrifft, so ist derselbe keinenfalls in allen Fällen als den guten Sitten

zuwiderlaufend anzusehen. Es gilt dies namentlich nicht von den Fällen, in welchen der Frachtführer nicht in der Lage ist, bei der Wahl seiner Leute mit der nöthigen Sorgfalt vorzugehen, bezw. veranlaßt ist, den Transport unter ungünstigen äußeren Verhältnissen auszuführen, die Ausführung aber, wenngleich unter ungenügender Sicherheit, im Interesse der Absender liegt. — Allerdings gestaltet sich die Sache anders, wenn keine besonderen Umstände vorliegen und wenn die betreffenden Vertragsbestimmungen im regelmäßigen Verkehr proponirt und acceptirt werden. Und doch können auch in diesen Fällen die Nachtheile, welche ein solcher Vertrag für die Absender hat, aufgewogen werden durch den Vortheil, welchen die Absender dadurch erlangen, daß die Fracht niedriger gestellt wird, wozu der Frachtführer in Folge der Ausschließung der unbedingten Haftung wirthschaftlich im Stande ist. Dies wird dann namentlich zu berücksichtigen sein, wenn dem Absender anderweit Gelegenheit gegeben wird, sich gegen die Nachtheile der Nichthaftung des Frachtführers, insbesondere durch Versicherungsnahme, zu sichern. Offerirt vollends der Frachtführer selbst derartige weitere Verträge, so fällt jedes Bedenken in dieser Beziehung hinweg. Letzteres ist aber bei der Bekl. der Fall, wie sich aus den Verfrachtungsbedingungen § 5 Abs. 1 Satz 2 (s. o.) und den auf der Rückseite des angehefteten Ladescheinformulars enthaltenen Worten: „Assekuranzprämie bildet einen Posten der Frachtnote" ergiebt. Das Verhältniß ist der Wirkung nach dasselbe, wie wenn eine zweifache Frachtvertragsofferte gestellt würde, eine zu geringerer Fracht ohne Haftung für Havariefälle, eine andere zu höherer Fracht mit solcher Haftung. — In analoger Weise kommt beim Eisenbahntransport eine Beschränkung der Haftung der Eisenbahn dem Werthe nach und betreffs gewisser Gefahren vor, und ist trotz des allgemeinen Grundsatzes in Art. 423 des H. G. B. vom Gesetzgeber dann als rechtswirksam anerkannt worden, wenn die Möglichkeit gegeben ist, durch Erhöhung der Fracht oder Wahl einer anderen Transportart diese Beschränkung in Wegfall zu bringen. — Umgekehrt kann in der Beschränkung der Haftung des Frachtführers dann ein Verstoß gegen gute Sitten gefunden werden, wenn dem Publikum die Möglichkeit der anderweiten Wahrung seiner Interessen nicht oder nur unter verhältnißmäßig schweren Bedingungen geboten wird, bezw. in Folge besonderer Umstände (z. B. Bildung eines sogen. Rings nach amerikanischem Vorgang) die Absender gezwungen werden, sich dem Verlangen der Frachtführer zu fügen. I. C. S. i. S. Fortuna c. Frankfurter Gütereisenbahngesellschaft vom 11. Februar 1888, Nr. 380/87 I.

III. Sonstige Reichsgesetze.

Zum Markenschutzgesetz.

18. Der Ausspruch des B. G., daß Wappen auswärtiger Staaten oder Städte nicht unter das Verbot des Abs. 2 des § 3 des Gesetzes vom 30. November 1874 fallen, stimmt mit der Rechtsprechung des R. O. H. G. und R. G. (R. O. H G. Entsch. Bd. XXIV S. 292 und R. G. Bd. III S. 69) überein, von welcher abzugehen, ein Grund nicht vorliegt. Die Verhandlung hat ferner auch keinen Grund ergeben, von der in Bd. XIV Nr. 17 S. 59 und Nr. 59 S. 234 der Entsch. des R. G. in Strafsachen angenommenen Auslegung des § 20 cit. Gesetzes abzuweichen, daß es bei Gewährung des sogenannten internationalen Markenschutzes entscheidend sei, ob das Zeichen nach dem Rechte des betreffenden Auslandes geschützt sei, so daß, wenn diese Voraussetzung vorliege, der Schutz im Inlande auch solchen Zeichen (sofern kein Interesse der öffentlichen Ordnung und guten Sitte in Frage kommt) zu gewähren ist, welche nach den Bestimmungen des Deutschen Rechts für unzulässig erklärt werden müßten. Die Angriffe der Revision richten sich vorzugsweise gegen die Ausführungen im B. U., daß die beim Amtsgerichte zu Leipzig bewirkten Eintragungen wirksam seien, obgleich die Kl. seit dem Jahre 1880 in Mülhausen eine Zweigniederlassung gehabt habe. Betreffs dieses Angriffes kommt es darauf an, ob die Voraussetzung des § 20 des Mark. Sch. G., daß der Gewerbtreibende eine Handelsniederlassung im Inlande nicht besitze, auch dann gegeben sei, wenn er nur eine Zweigniederlassung errichtet hat, so daß ungeachtet des Bestehens einer solchen nur der im § 20 geregelte sogenannte internationale Schutz des Waarenzeichens in Frage kommt. Das Vorhandensein einer Zweigniederlassung wird für unerheblich erklärt. Ausführlich begründet. II. C. S. i. S. Meyer, Naß & Lachmann c. Cusenier, vom 28. Februar 1888, Nr. 320/87 II.

Zum Patentgesetz.

19. Patente werden ertheilt für Erfindungen, welche eine gewerbliche Verwerthung gestatten. Der Werth des Patents, beziehungsweise der Erfindung, hängt von dem Grade seiner Nutzen bringenden Verwerthbarkeit ab. Nach der Lebenserfahrung wird in der bei Weitem überwiegenden Anzahl von Fällen der Werth eines Maschinenpatents oder der betreffenden maschinellen Erfindung in dem allerhöchsten Maße dadurch verringert sein, daß für das mit der betreffenden Maschine herzustellende Produkt einem Dritten bereits ein Patent ertheilt ist. Deswegen wird nur sehr ausnahmsweise ein Anderer, als der bezüglich des Produktes Patentberechtigte, seine schöpferische Kraft bethätigen, um Maschinen zur Herstellung eines solchen Produkts neu zu erfinden und sich patentiren zu lassen. — Aus diesen Erfahrungssätzen rechtfertigt sich der Schluß, daß bei Veräußerungsverträgen über Erfinder- oder Patentrechte an Maschinen zur Herstellung von Fabrikaten, welche Gegenstand gewerblichen Vertriebes sind, der Ersteher gewöhnlich (in Ermangelung konkreter für das Gegentheil schlüssiger Grundlagen) den Vertrag unter der Voraussetzung abschließen wird, daß die Erfindung, beziehungsweise das Patent, welches ihm übereignet wird, sich auf eine Maschine zur Herstellung von Produkten beziehe, deren freiem Vertriebe ein auf derartige Produkte ertheiltes Patent nicht entgegenstehe, während der Veräußerer (dementsprechend) annehmen muß, daß der Ersteher von jener Voraussetzung ausgehe. Ob nun in einem Streitfalle der Ersteher in dieser Richtung durch einen wesentlichen Irrthum über die gekennzeichnete Eigenschaft der Erfinder- oder Patentrechte, beziehungsweise über die Voraussetzung seines betreffenden Verhaltens dazu geführt ist, einen Vertrag der gekennzeichneten Art zu schließen, während er im Falle der Kenntniß des wirklichen Thatbestandes den Vertrag nicht abgeschlossen haben würde, so daß der Vertragschluß auf einen wesentlichen Irrthum beruht, das läßt sich nur durch sorgfältige thatsächliche Würdigung aller konkreten Umstände des Streitfalles entscheiden. I. C. S. i. S. Lingke c. Moritz und Schilg vom 7. Januar 1888, Nr. 356/87 I.

IV. Das Gemeine Recht.

20. Grundsätzlich wird man sicherlich nicht die Bildung eines particulären Gewohnheitsrechtes, durch welches eine gemeinrechtliche Streitfrage in einem bestimmten Sinne entschieden wird, für ausgeschlossen erklären dürfen. Nur so viel ist richtig, daß eine bloße Gerichtspraxis, welche lediglich auf einer bestimmten theoretischen Auffassung vom gemeinen Rechte beruht, noch nicht zur Begründung eines solchen Gewohnheitsrechtes ausreicht. — Das gemeine Recht geht nicht etwa davon aus, daß ein Gewohnheitsrecht immer nur für diejenigen Flecke Erde gelte, für die sich zufällig einzelne Fälle seiner Anwendung nachweisen lassen, sondern davon, daß die Geltung sich auf denjenigen ganzen Bezirk erstrecke, in welchem die fragliche Rechtsüberzeugung sich als eine gemeinsame herausgebildet hat. Wie dieser Bezirk im einzelnen Falle abzugrenzen sei, darüber stellt das gemeine Recht keine allgemeine Regel auf; wenn aber das erkennende Gericht aus der ganzen Sachlage den Eindruck gewinnt, daß ein bestimmtes Gewohnheitsrecht als ein innerhalb eines ganzen Gebietes, das im Großen und Ganzen eine gemeinsame particuläre Rechtsentwicklung durchgemacht hat, geltendes aufgefaßt werden müsse, so wird man darin gewiß nicht die Verletzung einer gemeinrechtlichen Rechtsnorm erblicken können. I. C. S. i. S. Hamb. Finanzdeputation c. Deutsche Gr. Cred. B. zu Gotha, vom 9. Februar 1888, Nr. 302/87 I.

21. Der B. R. geht von dem richtigen Begriff der „Pertinenz“ aus, wenn er als deren nothwendige Voraussetzung ihre dauernde Bestimmung für die Hauptsache und die in deren Natur gelegenen Zwecke ansieht und darum alle diejenigen Sachen ausschließt, welche nur auf den jeweiligen Besitzer und dessen individuelle (persönliche oder gewerbliche) Zwecke Bezug haben. Nun kann allerdings der Zweck des die Hauptsache bildenden Grundstücks (Gebäudes) in dem auf demselben betriebenen gewerblichen Etablissement liegen und die Verbindung einer beweglichen Sache mit dem Grundstück gerade auf der dauernden Bestimmung für das Etablissement beruhen. Solchen Falls giebt dann diese Bestimmung allerdings ein wesentliches Moment für die Annahme der Pertinenzqualität ab, aber keineswegs das einzige; vielmehr bleibt auch in solchem Falle immer die vom Gesetz (cf. L. 17 § 7 D. 19, 1) schlechthin erforderte Voraussetzung dieser Qualität, daß die Bestimmung das Mobile nicht eine bloß vorübergehende ist, sondern einen dauernden Charakter trägt und solcher auch in der (relativen) Unlöslichkeit oder wenigstens darin, daß eins für's andere und beides auf einander eingerichtet ist, zur Erscheinung kommt. Nur unter dieser Voraussetzung läßt sich dem auf dem Grundstück betriebenen Etablissement eine Bedeutung für die Pertinenzqualität beilegen, wie solches vom R. G. auch in früheren Fällen (cf. Urtheil vom 2. Dezember 1887 III 114/87) bereits geschehen ist. Nicht aber läßt sich, wie der Kl. unter Berufung auf Kohler (Jahrbuch für Dogmatik 26 p 1 ff.) darzulegen versucht, das Etablissement selbst als die Hauptsache ansehen, zu dem sich alle seinem Zwecke dienenden, immobiliaren und mobiliaren, mit ihm verbundenen Sachen als Pertinenzen verhielten, weil nicht das Etablissement, sondern das für dasselbe eingerichtete, wenn auch immerhin gleich von Anfang an dazu erbaute Gebäude- resp. Gebäudegrundstück den Gegenstand des Zuschlags gebildet hat. III. C. S. i. S. Müller c. Lehr Konkurs vom 21. Februar 1888, Nr. 301/87 III.

22. In der Berufungsinstanz hat der Bekl. noch neu behauptet und unter Beweis gestellt, daß der Tausch unter der Bedingung abgeschlossen sei, daß derselbe, sobald Parteien deswegen uneins würden, als nicht geschlossen gelten sollte. Das B. G. weist diese Einrede mit der Erwägung zurück, daß eine solche Nebenabrede als widersinnig für nichts zu erachten wäre. Wäre diese Abrede wirklich widersinnig, so würde der Vertrag als ungültig zu betrachten sein, da die Hinzufügung einer widersinnigen Bedingung die ganze Willenserklärung nichtig macht. Allein für widersinnig d. h. für unvereinbar mit dem Inhalt des Hauptvertrages kann eine solche Abrede nicht angesehen werden. Das B. G. will auch offenbar mit der Bezeichnung „widersinnig“ nur ausdrücken, sie sei so unwahrscheinlich, daß um deswillen auf dieselbe nicht weiter eingegangen werden könne. Die bloße Unwahrscheinlichkeit genügte indeß nicht, um eine an sich nicht unerhebliche Behauptung zurückzuweisen, wenn diese, wie hier geschehen, unter Beweis gestellt ist. III. C. S. i. S. Petersen c. Schütt vom 21. Februar 1888, Nr. 280/87 III.

23. Es schlagen hier die gemeinrechtlichen Grundsätze über die Haftpflicht für die Handlungen von Gehülfen ein, deren sich die in Anspruch genommene Partei bei der Erfüllung ihrer Pflichten bedient hat. In Gemäßheit dieser Grundsätze sind bei Leistungen, welche, wie die gegenwärtig in Frage stehenden, einem Gehülfen übertragen werden konnten, Fehler des Beauftragten von dem Auftraggeber lediglich dann zu vertreten, wenn er den Beauftragten nicht mit der nöthigen Sorgfalt ausgewählt hatte und eine Verschuldung bei der Wahl trifft ihn nicht, sobald er die Untauglichkeit des Gehülfen nicht kannte oder doch nicht kennen mußte. III. C. S. i. S. Jacobi & Co. c. Pape vom 13. Februar 1888, Nr. 304/87 III.

V. Das Preußische Allgemeine Landrecht.

24. Das R. G. ist bereits in früheren Entscheidungen (namentlich auch in dem Urtheile vom 21. Mai 1885 — IV Nr. 43/85 —, welches in den früher von Gruchot, jetzt von Rassow und Küntzel herausgegebenen Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts Bd. 29 S. 1081 bis 1085 abgedruckt, auch in Bolze's „die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen“ Bd. I Nr. 77 S. 170 kurz mitgetheilt ist) klargelegt, daß zu den Eigenschaften sowohl eines Rechtssubjekts als auch eines Rechtsobjekts, nicht nur nach dem Sprachgebrauche des Lebens, sondern auch nach der Terminologie der Normen des Preußischen Rechts über den Irrthum, auch solche thatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zu rechnen seien, welche, in Beziehungen zu anderen Personen oder Dingen wurzelnd, in Folge ihrer dauernd wirkenden Eigenart (nach den Anschauungen des Verkehrs) einen Einfluß auf die Schätzung des Werthes des betreffenden Rechtssubjekts oder Rechtsobjekts in allen oder doch in gewissen Verhältnissen zu üben pflegen. I. C. S. i. S. Liugke c. Moritz und Schitg vom 7. Februar 1888, Nr. 356/87 I.

39. Durch die Cession des Kaufgeldrestes wurde der Kl. Rechtsnachfolger des Cedenten H. in Bezug auf die cedirte Forderung, so daß des Cedenten Gläubigerrecht aus dem Kaufvertrage vom 8. April 1882 fortan nur noch von dem Kl. geltend gemacht werden konnte. Daß die cedirte Forderung aus einem

zweiseitigen Vertrage herrührte, stand der Cession nicht entgegen, wenn auch noch Gegenleistungen des Cedenten ausstanden. Durch die Cession wurde der Kl. jedoch nicht Verkäufer an Stelle des Cedenten H. Er wurde deshalb auch nicht dessen Rechtsnachfolger bezüglich der ihm aus dem Kaufvertrage etwa noch obliegenden Gegenleistungen, vielmehr blieb die Pflicht zur Gegenleistung bei dem Cedenten H. (Vergl. Urtheil des R. G. vom 3. Juni 1881; Gruchot's Beiträge Bd. 26 S. 693; Förster-Eccius 5. Auflage Bd. 1 S. 642; Dernburg Bd. 2, § 85 Nr. 5). Da aber die Verpflichtung des Bekl. als Schuldner durch die Abtretung nicht erschwert werden durfte, so verblieben dem Bekl. alle Einwendungen und Gegenforderungen, die er gegen den Cedenten H. rügen konnte, auch gegenüber dem Kl. (A. L. R. Thl. I Tit. 11 §§ 408, 407). Durch die Benachrichtigung des Bekl. von der Cession erwarb der Kl. kein weiteres Recht, aber es wurde dadurch das Verfügungsrecht des Cedenten H. über die cedirte Forderung, welches demselben bis zur Benachrichtigung wenigstens mit Wirkung für den redlichen Bekl. zustand, aufgehoben, so daß der Bekl. von da an zum Nachtheil des Kl. sich in keine Verhandlungen mit dem Cedenten H. einlassen konnte, mithin derartige Verhandlungen keine verbindliche Kraft für den Kl. hatten (A. L. R. Thl. I Tit. 11 § 413; vergl. Entsch. des R. G. Bd. 4 S. 333). Ob diese Verhandlungen prozessualische (z. B. Entsagung, Vergleich, Anerkenntniß, Urtheil) oder nicht prozessualische waren, macht keinen Unterschied (vergl. Urtheil des vormaligen Preußischen Obertribunals vom 18. Januar 1872; Striethorst Archiv Bd. 83 S. 281). V. C. S. i. S. Genkalla c. Hans vom 25. Februar 1888, Nr. 311/88 V.

26. Im 11. Tit. I. Thl. des A. L. R. ist bestimmt: „§ 615: Haben Mehrere gemeinschaftlich eine Leibrente gekauft, so wird, wenn nicht ein Anderes verabredet worden, angenommen, daß jeder Käufer nur seinen Antheil nach Zahl der Köpfe zu fordern habe." „§ 616: Mit dem Abgange eines jeden derselben erlöscht also sein Antheil zu Gunsten des Verkäufers." Es wird also hier sogar eine solche Leibrente, an welcher jedem der Käufer nur ein mit seinem Abgange erlöschender Antheil zusteht, als eine, als eine einheitliche bezeichnet; der Anspruch des einzelnen Käufers wird nicht als eine ihm zustehende besondere Rente, sondern als Antheil der einen Rente aufgefaßt. Der vom Rkl. aufgestellte Satz: daß in dem Falle der §§ 615, 616 eine Mehrheit von Leibrenten anzunehmen sei, kann in dieser Allgemeinheit als richtig nicht anerkannt werden. Es steht demselben die Fassung des Gesetzes entgegen, so lange man nicht willkürlich dem Worte „Antheil" (nämlich der einheitlichen Leibrente) die Worte: „seine Leibrente" substituirt. Die Einheitlichkeit der Leibrente muß aber um so mehr angenommen werden im vorliegenden Fall, wo (was nach § 615 zugelassen ist) verabredet ist, daß die Leibrente nach dem Tode des Käufers in vollem Umfange auf dessen Ehefrau übergehen soll. Der Umstand aber, daß der Kontrakt nur von dem Kl., nicht gemeinschaftlich von dem Kl. und dessen Ehefrau, geschlossen ist, ist ein unerheblicher. Denn nach § 613 Thl. I Tit. 11 in Verbindung mit § 75 Thl. I Tit. 5 des A. L. R. erlangt die klägerische Ehefrau (auch abgesehen von ihrer gesetzlichen Vertretung durch ihren Ehemann) das Recht auf die Leibrente durch ihren nachträglichen Beitritt zum Vertrage; durch diesen Beitritt erwirbt sie dieselben Rechte, als ob sie von Hause aus in Gemeinschaft mit dem Ehemann kontrahirt hätte, wie § 615 voraussetzt. Ferner trifft § 617 Bestimmungen für einen Fall, wo die Leibrente auf die Lebenszeit mehrerer Personen vorbedungen ist, und bezeichnet auch hier dieselbe als die Leibrente, also als einheitliche. Auch dies führt dahin, für den vorliegenden Fall eine einheitliche Rente anzunehmen, und widerlegt zugleich die auf den Wortlaut des § 606 gegründete Ausführung des Bekl., daß im Leibrentenvertrage die Entrichtung der Abgabe nur auf die Lebenszeit eines einzelnen Menschen gestellt werden kann, es eine Lebenszeit mehrerer Menschen nicht gebe und daß daher ein Vertrag, wie der vorliegende, wo die Abgabe auf die Lebenszeit zweier Menschen gestellt ist, als eine Mehrzahl von Leibrentenverträgen zu behandeln und zu versteuern sei. Die Rüge des Rkl.: „daß der B. R. den Kauf einer Leibrente auf das Leben mehrerer Personen mit dem Kauf einer Leibrente für mehrere Personen verwechsele", ist nicht begründet. Der Richter nimmt vielmehr an, daß eine für mehrere Personen gekaufte Leibrente zugleich auf das Leben dieser Personen gestellt werden kann. Die Richtigkeit dieser Annahme läßt sich nicht bezweifeln. Das Gesetz giebt keinen Anhalt dafür, daß beide Fälle einen einander ausschließenden Gegensatz bilden. IV. C. S. i. S. Fiskus c. Wolfers vom 1. März 1888, Nr. 395/87 IV.

27. Es ist zuzugeben, daß bei der Ausgabe eines Anlehens, welche an eine Vielheit von Nehmern mittels eines einheitlichen Emissionsaktes erfolgt und bei welcher die vom Bedürfniß des Emittenten erforderte Anleihesumme in eine Anzahl von Theilen unter Ausstellung von Schuldpapieren über diese einzelnen Theile zum Zwecke ihrer Ueberlassung an Nehmer zerlegt wird, mittels besonderer Festsetzungen in den Emissionsbedingungen den Nehmern dieser Papiere die Beschränkung auferlegt werden kann, daß der Einzelne bei Ausübung seiner Rechte oder doch gewisser Rechte nur in Gemeinschaft mit den übrigen vorgehen darf und überhaupt oder für gewisse Fälle Abänderungen seiner Rechte durch Beschlüsse der zu einem Gesammtheilsverbande organisirten sämmtlichen an derselben Emission betheiligten Gläubiger unterworfen sein soll. Aber der Revisionsbegründung kann nicht zugegeben werden, daß eine solche Beschränkung schon ohne Weiteres in Folge solcher Art der Ausgabe, also insbesondere deshalb anzunehmen oder als gewollt angezeigt sei, weil das Anlehen sich mittels eines einheitlichen Emissionsaktes ausgegeben ankündigt, die einzelnen Schuldverschreibungen als Theilschuldverschreibungen bezeichnet sind, fortlaufende Nummern tragen, in Betreff ihrer Rückzahlbarkeit von einem, die sämmtlichen Papiere umfassenden Amortisationsgeschäft abhängig und in Betreff ihrer Sicherheit auf eine einheitlich für sämmtliche Theilschuldverschreibungen aufgenommene und eingetragene Verpfändungsurkunde angewiesen sind. Die Revisionsbegründung geht hierbei von einem specifischen Begriffe eines Gesammtanlehens aus, der sich im modernen Verkehrsleben entwickelt habe und, an diesen Merkmalen erkennbar, die Eigenthümlichkeit eines societätsmäßigen oder societätsähnlichen Verhältnisses unter den einzelnen Gläubigern mit Unterordnung des Einzelnen unter ein gemeinschaftliches Interesse oder gar eines körperschaftlichen Verbandes der Gläubigergesammtheit mit einer zur Veränderung der Rechte der Einzelnen befugten Autonomie an sich trage.

Indessen kann weder anerkannt werden, daß durch solche Art der Schuldenbegründung mit rechtlicher Nothwendigkeit eine die freie Ausübung des Einzelrechts einem Gesammtinteresse unterordnende Gemeinsamkeit entsteht, noch daß sich eine Verkehrstendenz, eine Schuldenbegründung dieser Art im Sinne eines solchen Gemeinsamkeitsverhältnisses aufzufassen, mit irgend welcher Sicherheit herausgebildet hätte, welche es gestattete, dieses Moment bei jeder Begründung von Schulden dieser Art anzunehmen und deshalb Festsetzungen in Betreff der Wahl von Vertretern, denen volle Beachtung wird, wenn man sie im Sinne der Ermöglichung gleichzeitiger und gleichartiger Geltendmachung der Rechte aller Gläubiger bei verbleibender Selbstständigkeit jedes einzelnen Gläubigerrechtes versteht, ausdehnend im Sinne der Einschränkung des letzteren auszulegen. I. C. S. i. S. A. G. für Ofenfabrikation vormals Dankberg c. Schmidt Söhne vom 19. Januar 1888, Nr. 320/87 I.

28. Das Wesen der §§ 262 ff. I 13 A. L. R. besteht darin, daß sie die früher theils mit der condictio sine causa, theils mit der actio de in rem verso, also mit Klagen von wesentlich verschiedener rechtlicher Natur verfolgten Ansprüche unter dem gemeinsamen Gesichtspunkte der „nützlichen Verwendung" zusammenfassen. Daß sie auch den letztern Anspruch zum Gegenstande haben, ist im Gegensatz zum Preußischen Obertribunal von dem R. O. H. G. und dem R. G. (in dessen Entscheidungen Bd. I S. 143 und 159) bereits anerkannt und durch die Gegenausführung in der 5. Auflage von Försters Theorie und Praxis nicht widerlegt. Eingehend begründet. VI. C. S. i. S. Benkmann c. Matuschek vom 16. Februar 1888, Nr. 315/87 VI.

29. Das A. L. R. Thl. I Tit. 15 §§ 45 bis 47 schließt die Vindikation von Inhaberpapieren, um welche es sich hier handelt, gegen denjenigen aus, welcher sie redlich besitzt, oder gegen Entgelt erworben hat. Daraus folgt, daß die Kläger zur Begründung ihrer Klage entweder unredlichen Besitz, oder unentgeltlichen Erwerb der Papiere auf Seiten der Bekl. zu behaupten und zu beweisen haben. Wenn dem entgegen der I. R. davon ausgeht, daß die Bekl., nachdem Kl. das Eigenthum ihres Erblassers dargethan haben, den Einwand der Schenkung beweisen müsse, und seine Entscheidung von einem den Kl. über die Schenkung zugesprochenen Eide abhängig macht, so kann der Revision zugestanden werden, daß diese rechtliche Beurtheilung der Sache den angeführten Gesetzen nicht entspricht. IV. C. S. i. S. Valentowska c. Rothe vom 22. Februar 1888, Nr. 310/87 V.

30. Es kann der Revision zugegeben werden, daß die Vorschrift des § 67 Thl. I Tit. 16 A. L. R. im Falle einer Holschuld nicht in vollem Umfange zur Anwendung kommen kann, vielmehr dadurch, daß der Gläubiger sich am Erfüllungsorte einzufinden und sich dort zum Empfange des Geldes zu melden hat, gewisse Einschränkungen erleiden muß. Im vorliegenden Fall aber giebt der Kl. selbst zu, daß er am 1. Mai 1883 zum Bekl. gekommen sei und ihm erklärt habe, er könne nicht zahlen. Durch diese Erklärung wurde der Bekl. von seinem Erscheinen beim Kl. zur Empfangnahme der Zahlung entbunden. Wußte dieser aus dem eigenen Munde des Schuldners, daß der Letztere seine Verpflichtung zu erfüllen weder bereit, noch im Stande war, so konnte ihm nicht wohl zugemuthet werden, sich lediglich um der Form zu genügen, zu dem entfernt wohnenden Schuldner zu begeben und dort eine fruchtlose Mahnung anzubringen. Es muß deshalb im vorliegenden Fall, selbst wenn die Behauptungen des Kl. wahr wären, bei der Regel des § 67 Thl. I Tit. 16 A. L. R. sein Bewenden behalten. V. C. S. i. S. Toball c. Hartwig vom 18. Februar 1888, Nr. 304/87 V.

31. Die angefochtene Entscheidung ist rechtsirrthümlich; sie beruht auf einer unrichtigen Auslegung der vom B. R. angezogenen Bestimmungen des Pr. A. L. R. Thl. I Tit. 21 §§ 611, 615, 617, 619. Daß diese Bestimmungen, welche sich unter den Vorschriften über die Rückgewähr nach geendigter Pacht von Landgütern befinden, an sich auf das Pachtverhältniß des vorliegenden Falls anwendbar sind, ist nicht zu bezweifeln, da die Pachtgrundstücke, um deren Rückgewähr es sich handelt, unter den Begriff von Landgütern im Sinne des § 400 Thl. I Tit. 21 des A. L. R. fallen, nämlich ein zu Ackerbau und Viehzucht bestimmtes Ganzes bilden, im Gegensatz zu verpachteten einzelnen Landstücken. Aber die angezogenen Paragraphen enthalten nicht den vom B. R. aus ihnen entnommenen Grundsatz: daß der Pächter eines Landguts wegen Vernachlässigung seiner Verpflichtung zu ordnungsmäßigem Bedüngen nicht weiter hafte, als daß er Vergütung für den nicht verwendeten Düngungsstoff und Ackerlohn, oder, wenn Verpächter dies vorzieht, für den Ausfall am nächsten Ernteertrage zu leisten habe. Der Pächter eines Landguts hat vielmehr für eine schuldhafte Nichterfüllung dieser Vertragsverpflichtung in demselben Umfange aufzukommen wie dies in den §§ 285 ff. Thl. I Tit. 5 des A. L. R. für Vertragsverletzungen überhaupt vorgeschrieben ist, namentlich also — wie es von der Kl. verlangt wird — den durch schuldhafte Vernachlässigung der Düngung verursachten Minderwerth des Pachtlandes zu ersetzen. Ausführlich begründet. V. C. S. i. S. Lingier c. Pempeit vom 25. Februar 1888, Nr. 266/87 V.

32. Nach § 9 der Statuten der Bekl. ist der Ausschuß des Ortsvereins, welchem das die Auszahlung des Invalidengelds beantragende Mitglied angehört, in erster und der Centralrath der deutschen Gewerkvereine in zweiter Instanz zur Entscheidung über den betreffenden Antrag berufen. Diese Bestimmung ist als rechtlich zulässig zu erachten, weil, wenngleich diese Behörden als Organe der Kasse erscheinen, sie doch die Entscheidung nicht willkürlich, sondern als boni viri zu treffen haben. (Damit hängt auch zusammen, daß die Fortdauer der Invalidität von den betreffenden Organen kontrolirt wird). Aus dieser Bestimmung folgt aber auch die Verpflichtung der Bekl., dafür zu sorgen, daß auf Antrag des betreffenden Mitglieds ein Ausspruch über die Invalidität herbeigeführt werde. Weigert sie sich dessen, versagt sie also die Mittel, auf dem statutarisch bestimmten Weg die Entscheidung herbeizuführen, so muß das betreffende Mitglied berechtigt sein, dieselbe auf gerichtlichem Weg zu erwirken. Soweit besteht Uebereinstimmung mit dem Urtheil des I. C. S. des R. G. vom 18. September 1886 in Sachen Kopczyck wider die jetzige Bekl. Rep. I 210/86. In jenem Urtheil wird aber weiter ausgeführt, daß eine Weigerung mit der angegebenen Wirkung dann nicht als vorhanden anzunehmen sei, wenn die Annahme des Gesuchs um Invalidengeld vom Vertreter des Ortsausschusses nur deshalb verweigert wurde, weil die statutenmäßige Karenzzeit noch nicht

abgelaufen sei, daß daher zunächst vom Gericht nur über die Frage nach dem Ablauf der Karenzzeit zu entscheiden sei, und daß, wenn diese bejaht würde, die Gesellschaftsorgane nunmehr zur Entscheidung über das Vorhandensein der Invalidität zu veranlassen seien, diese Entscheidung aber für das Gesuch maßgebend werde. Bei wiederholter Prüfung hat der Gerichtshof die Ueberzeugung erlangt, daß diese Unterscheidung zwischen den nach ihrer Motivirung verschiedenen Weigerungen ihrer Wirkung nach weder durch allgemeine Rechtsgrundsätze, noch durch das besondere Statut gerechtfertigt werde. Stellt sich der vom kompetenten Organ der Verbandskasse für die Weigerung über den Anspruch auf das Invalidengeld angegebene Grund als hinfällig dar, ergiebt sich die Weigerung mithin als unbegründet, so ist damit das statutarische Recht der Selbstentscheidung verwirkt und es tritt dafür der allgemeine Grundsatz, daß die Gerichte um Rechtshülfe anzugehen sind, unbeschränkt in Wirksamkeit. I. C. S. i. S. Kuschka c. Deutsche Verbandskasse für die Invaliden der Arbeit vom 24. September 1887, Nr. 185/87 I.

33. Der B. R. geht mit Recht davon aus, daß nach den Bestimmungen des Pr. A. L. R. (Thl. I Tit. 4 §§ 14, 15; Thl. I Tit. 9 §§ 581 582; Thl. II Tit. 11 §§ 183 ff.) Kirchhöfe, solange und soweit sie den Zweck, welchem sie gewidmet worden, dienen, dem gemeinen Verkehr entzogen und folgeweise einer Ersitzung unzugänglich sind. Er stellt nun fest, daß der Platz, auf welchem die von der Bekl. beanspruchten Fußwege liegen, in seiner gesammten Ausdehnung, einschließlich dieser Fußwege, früher als Begräbnißplatz gedient hat. Zu dieser Feststellung gelangt er auf Grund eines eingehenden richterlichen Lokalbefundes und es kann darum der Bekl. nicht zugegeben werden, daß die Feststellung mangelhaft begründet sei; übrigens ist es unerheblich, ob auch unter den Fußwegen sich Gräber befinden, denn die Verkehrsbeschränkung des Kirchhofes erstreckt sich nicht etwa auf diejenigen Flächen, welche zur Anlegung von Gräbern bestimmt sind, sondern auf alle Theile des Kirchhofes, auch auf diejenigen, welche als Zugänge zu den Grabstätten dienen. Die Bekl. hatte demnach nachzuweisen, daß die Ersitzung, auf welche sie sich beruft, möglich war, d. h. daß der in Frage stehende Platz mindestens während des zur Vollendung der Ersitzung gegen eine Kirchengemeinde erforderlichen 44jährigen Zeitraums dem gemeinen Verkehr zurückgegeben gewesen sei. — Diesen Beweis vermißt der B. R., weil der Kirchhof nicht mit der Beerdigung der letzten Leiche, welche im Jahre 1821 stattgefunden hat, sondern erst durch ausdrückliche oder in schlüssigen Handlungen an den Tag gelegte Willensäußerungen der beikommenden staatlichen Behörde oder Kirchengemeinde, und ohne besondere Kennzeichen jedenfalls erst geraume Zeit nach der letzten Beerdigung in den gemeinen Verkehr zurückgelangten, eine derartige Schließung des Kirchhofs aber von der Bekl. nicht nachgewiesen sei. Diese Erwägungen sind zutreffend und unterliegen nicht dem von der Bekl. erhobenen Vorwurf, daß dabei die seit 1821 stattgehabte ausnahmslose Benutzung von neuen, außerhalb der Stadt angewiesenen Beerdigungsplätzen und das seitdem beobachtete landrechtliche Verbot von Beerdigungen in bewohnten Gegenden der Städte (A. L. R. Thl. II Tit. 11 § 184) keine Beachtung gefunden habe. Es genügt nicht das Aufhören der Beerdigungen um die Verkehrsbeschränkung des Kirchhofs zu beseitigen, denn es ist nicht die Handlung des Eingrabens von Leichen, welche den Kirchhof über die Bedeutung beliebiger anderer Plätze heraushebt, sondern die Ehrfurcht, welche der Ruhestätte der Abgeschiedenen gezollt wird, und diese ist nicht mit der Zudeckung des letzten Grabes erloschen. Umstände der vom B. R. bezeichneten Art, welche für eine wirkliche „Schließung" des Kirchhofs zu verwerthen wären, hat aber die Bekl. nicht dargelegt; sie hat mithin nicht bewiesen, daß das ihrer Ersitzung entgegenstehende Hinderniß überhaupt und jedenfalls schon 44 Jahre vor der Klagezustellung aus dem Wege geräumt worden sei. V. C. S. i. S. Stadt Danzig c. Bartholomäi-Kirchengemeinde zu Danzig vom 18. Februar 1888, Nr. 379/87 V.

34. Der B. R. stützt seine Annahme, daß die Schulgemeinde als besondere Korporation existire, auf die Feststellung, daß im Jahre 1835 ein eigener Schulbezirk für die zu längst bestehende Schule abgegrenzt sei, in jenem Jahre auch schon von einem Schulvorstande die Rede sei und daß im Jahre 1868 für die Schulgemeinde Repräsentanten gewählt worden seien. Etwas Weiteres ist nach der, seit dem Plenarbeschluß des vormaligen Preußischen Obertribunals vom 20. Juni 1853 (Entscheidungen Bd. 25 S. 301) konstanten und als gesetzentsprechend anzuerkennenden Rechtsprechung nicht erforderlich, um eine Schulgemeinde als bestehend und zwar als mit den Rechten einer juristischen Person bestehend anzuerkennen. V. C. S. i. S. Tillmann c. Schulgemeinde Mecklenbeck vom 15. Februar 1888, Nr. 299/87 V.

35. Aus der Oeffentlichkeit der Chaussee, bestehend in der Befugniß eines Jeden, sich derselben zum Reisen und Transport zu bedienen, § 7 Tit. 15 Thl. II des A. L. R., folgt keineswegs als Recht des Einzelnen, daß der Zugang zu derselben Jedermann an jedem Orte, wo die faktische Möglichkeit dazu vorhanden, frei stehen müsse, daß der Eigenthümer der Chaussee nicht berechtigt sein sollte, in Ausübung seines Eigenthums und zum Schutz der daraus fließenden Nutzungsrechte, Zugänge, die zu Gunsten des einzelnen Adjacenten angelegt sind, dem allgemeinen Verkehr und damit auch jedem Dritten zu verschließen. Inwieweit an solchen Zugängen der öffentliche Verkehr interessirt ist, und durch deren Kassirung oder Vertretung benachtheiligt sein würde, würde gegebenenfalls im Rechtswege nicht zu erörtern sein. V. C. S. i. S. Burchard c. Kreis Wehlau vom 25. Februar 1888, Nr. 312/87 V.

VI. Sonstige Preußische Landesgesetze.

Zu den Stempelgesetzen.

36. Den Umschreibungsanträgen, auf welche sich die Erinnerungen Nr. 3 bis 52 beziehen, ist die Qualität stempelpflichtiger Cessionsinstrumente mit Recht abgesprochen. Unter letzteren sind nur solche Instrumente zu verstehen, durch welche Cessionen, d. h. auf Abtretung eines Rechts gerichtete Willenserklärungen (§§ 377, 393 Thl. I Tit. 11 des A. L. R.), beurkundet werden, welche mithin, bei Hinzutritt der ausdrücklichen oder stillschweigenden Annahme des Cessionars, alle wesentlichen Elemente des einen Vertrag darstellenden Cessionsakts enthalten. Vergl. Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. 8 S. 255 ff., Bd. 10 S. 200 ff., Bd. 15 S. 232. Die in Frage stehenden Schriftstücke aber enthalten nichts weiter, als Anträge der bisherigen Aktionäre auf Umschreibung ihrer Aktien auf den Namen Anderer, welche an die Aktiengesellschaft gerichtet und

offenbar durch die Vorschriften der Art. 223, 183 des H. G. B. hervorgerufen sind, wonach im Verhältnisse zur Gesellschaft nur diejenigen Inhaber der auf Namen lautenden Aktien als deren Eigenthümer angesehen werden, die als solche im Aktienbuche verzeichnet sind, und demzufolge der Eigenthumsübergang bei der Gesellschaft anzumelden und im Aktienbuche zu bemerken ist. Eben deshalb wird in der Regel aus der Ueberreichung eines solchen Antrages auf einen stattgefundenen Eigenthumswechsel zu schließen sein. Allein das Uebertragungsgeschäft selbst wird durch ihn nicht beurkundet, und er ist aus diesem Grunde dem für letzteres vorgeschriebenen Stempel nicht unterworfen. Dabei ist es gleichgültig, daß durch jenen Antrag die Beurkundung des Uebertragungsgeschäfts überflüssig gemacht werden kann, und vielleicht — nach der Intention der Betheiligten — gemacht werden soll. Denn für die Stempelpflichtigkeit kommt es lediglich auf Form und Inhalt der Urkunde und nicht auf den Zweck ihrer Errichtung sowie auf weitere rechtliche oder wirthschaftliche Erfolge an, welche etwa durch sie, unbeschadet ihres eigentlichen rechtsgeschäftlichen Charakters, noch erzielt werden können. IV. C. S. i. S. Fiskus c. Berliner Hagel-Assek.-Ges. vom 23. Februar 1888, Nr. 339/87 IV.

Zu den Ablösungsgesetzen.

37. Die Deklaration vom 26. Juli 1847 bestimmt den Begriff des Bürgervermögens dahin, daß es derjenige Theil des Vermögens einer Stadtgemeinde sei, dessen Nutzungen den einzelnen Gemeindemitgliedern oder Einwohnern vermöge dieser ihrer Eigenschaft zukommen; — auch dann, wenn die den Mitgliedern oder Einwohnern als solchen zustehenden Nutzungsrechte noch außerdem durch den Besitz eines Grundstücks oder durch besondere persönliche Verhältnisse bedingt sind. Daß der Besitz gewisser Grundstücke, und zwar der Besitz von Acker- oder Wiesengrundstücken im Gegensatze zu dem bloßen Hausbesitze, zu C. von jeher eine Voraussetzung für die Theilnahme an der gesammten gemeinschaftlichen Hütung gewesen, ist nach den Feststellungen des B. R. außer Zweifel; es kann sich also vorliegend nur um ein Bürgervermögen handeln, dessen Nutzung durch einen solchen Besitz bedingt ist (sog. Bürgerklassen-Vermögen). Das Recht nun, welches nach der Ansicht der Kl. zu diesem Bürgerklassenvermögen gehören soll, war ein Hütungsrecht auf dem Grundstücke eines Dritten, des Fiskus. Nach der Natur eines solchen Rechtes tritt ein äußerlich erkennbarer Unterschied zwischen der Substanz des Rechts und den Nutzungen des Rechts nicht hervor; wer das Recht nutzt (sein Vieh auf dem belasteten Grundstücke weiden läßt), erscheint äußerlich zugleich als der Besitzer des Rechtes selbst. Die Nutzung (Ausübung) des Rechtes ist nur geschehen und konnte nur geschehen durch die Eigenthümer des Weideviehes, also durch die Besitzer der als theilnahmeberechtigt zugelassenen Grundstücke. Eine Berechtigung der Art, daß die Besitzer bestimmter Grundstücke das Grundstück eines Dritten zu behüten haben, ist — als gemeinschaftliche Grundgerechtigkeit jener Besitzer — ohne Zuhülfenahme weiterer, für die Existenz der Berechtigung nothwendiger Momente konstruirbar, und es ist also auch so lange kein Grund ersichtlich, die bestehende Berechtigung anders, als aus diesen, ihren erkennbaren Faktoren zu konstruiren, mit anderen Worten, es liegt so lange kein Grund vor, diejenigen, welche das Rechte ausüben, nicht auch für die Eigenthümer oder wenigstens für die vollständigen Besitzer der Berechtigung anzusehen, als nicht erhellt, daß sie das Recht nicht als ihr eigenes, sondern nur in ihrer Eigenschaft als die zur Ausübung des Rechtes eines Andern Berufenen, ausgeübt haben, also wenn das Recht als ein seiner Substanz nach der Stadtgemeinde, und nur in seinen Nutzungen den es ausübenden Grundbesitzern zustehendes aufgefaßt werden soll, so lange nicht Thatsachen vorliegen, aus welchen erkennbar wird, daß die Grundbesitzer das Recht nur in ihrer Eigenschaft als die zur Nutzung eines Vermögensstückes der Stadt berechtigten Gemeindeglieder ausgeübt haben. Hieraus folgt, daß diejenige Partei, welche auf das Vorliegen derartiger Thatsachen ihre Ansprüche stützt, dieselben nachzuweisen hat. Wesentlich anders liegt die Frage der Beweislast, wenn es sich um Nutzungen der Gemeindeglieder, oder auch eine bestimmte Klasse derselben, an dem der Gemeinde selbst gehörigen Grundbesitze handelt. Auch hier lassen sich zwar, wenn die Theilnahme an den Nutzungen durch den Besitz von Grundstücken bedingt ist, die Nutzungen als Ausfluß einer, diesen Grundstücken an dem Grundbesitz der Gemeinde zustehenden Grundgerechtigkeit denken. Allein die gesetzliche Vermuthung für die geringere Belastung des Eigenthums nöthigt dazu, in solchem Falle die Nutzungen an dem Eigenthum der Gemeinde, so lange als ein aus der Gemeindemitgliedschaft selbst hervorgehendes Recht anzusehen, als nicht die Nutzungsberechtigten ihrerseits den Nachweis führen, daß ein von der Gemeindemitgliedschaft unabhängiges, also weitergehendes, lediglich privates Recht ihrer Grundstücke vorliege. V. C. S. i. S. Stadt Charlottenburg c. Wegener u. Gen. vom 18. Januar 1888, Nr. 262/87 V.

Zum Gesetze vom 11. Mai 1842.

38. Die Entscheidung des B. G. beruht auf der Annahme der fortdauernden Gültigkeit des § 6 des Preußischen Gesetzes vom 11. Mai 1842, für welche sich auch der II. C. S. des R. G. in dem Urtheil vom 26. April 1887 (Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. 18 S. 123 flg.) ausgesprochen hat. Die gegen diese Annahme gerichteten Angriffe der Revision, welche auszuführen versucht haben, daß jene Gesetzesbestimmung, wenn nicht schon durch die spätere Preußische Gesetzgebung, so doch jedenfalls durch § 11 des Einführungsgesetzes zum Deutschen G. V. G. außer Kraft gesetzt sei, konnten nicht für begründet erachtet werden. — Wird eingehend begründet. IV. C. S. i. S. Schröder c. Wolffgramm vom 16. Februar 1888, Nr. 85/87 IV.

Zum Allgemeinen Berggesetz.

39. Der B. R. hat „die zum Beginn der Verjährung gemäß § 151 Allgemeinen Berggesetzes erforderliche Wissenschaft der Kl. von dem Kausalzusammenhange der Beschädigungen mit dem Bergbaubetriebe der Bekl.“ für nicht erwiesen erachtet. Was der B. R. unter der im § 151 a. a. O. als Erforderniß für den Beginn der Verjährung hingestellten Wissenschaft versteht, drückt er dahin aus. Zur Begründung dieses von der Bekl. erhobenen Einwandes gehörte der Nachweis, daß die Vorbesitzer der Kl. schon länger als drei Jahre vor Zustellung der gegenwärtigen Klage — — von dem Dasein der fraglichen Beschädigungen und davon, daß letztere durch den Bergbaubetrieb der Bekl. entstanden seien, so sichere Kenntniß hatten, daß sie deshalb eine substantiirte Klage anstellen konnten. Bloße Muthmaßungen genügten nicht, während andererseits die Ueberzeugung, daß die Sache unmöglich anders sein könne,

nicht erforderlich war. Diese rechtliche Auffassung des § 151 des Allgemeinen Berggesetzes, welcher dem § 54 Tit. 6 Thl. I. des A. L. R. entspricht, ist als richtig anzuerkennen und steht im Einklang mit der Judikatur. (Vergl. Striethorst Archiv Bd. 25 S. 255, Bd. 76 S. 46.) V. C. S. i. S. Hibernia & Shamrock c. Ziegler & Jansen vom 18. Februar 1888, Nr. 300/87 V.

Zu den Grundbuchgesetzen.

18. Der Kl. ist zwar — mit den Instanzrichtern — zuzugeben, daß die Eintragung der Vorrechtseinräumung, weil L. dem Grundbuchrichter weder eine Quittung der Gläubiger, noch das Dokument über die Post Nr. 34 vorlegte, gemäß §§ 86, 91 Grdb. O. nicht erfolgen durfte. Wenn sie jedoch auch zu Unrecht erfolgt war, so hatte die Eintragung doch die Rechtswirkung, jedem Erwerber der Post Nr. 34 (oder eines Theiles derselben) die Prioritätscession kundbar zu machen. A. L. R. Thl. 1. Tit. 4 § 19. In einem ähnlichen Falle hat das frühere Preußische Obertribunal (Entscheidungen Bd. 75 S. 139) überzeugend ausgeführt, daß die unterbliebene Vermerkung einer Arresteintragung auf dem Hypothekenbriefe der Gültigkeit der Verkümmerung nicht entgegensteht, daß vielmehr — auch nach § 49 des E. E. G. — Beschränkungen des eingetragenen Gläubigers in der Verfügung über eine Post Wirksamkeit gegen Dritte erlangen 1. bei Hypotheken durch die Eintragung im Grundbuche, 2. bei Grundschulden durch den Vermerk auf dem Grundschuldbriefe, und 3. bei beiden durch die Kenntniß des Dritten beim Erwerb des Rechts. Wendet man diese für richtig zu erachtenden Grundsätze hier an, so enthält die Entscheidung des B. R., daß die Kl., da die Prioritätseintragung bei Erwerb der Forderung erfolgt war, sich mit der Unkenntniß derselben nicht schützen könne, keinen Rechtsirrthum, insbesondere keinen Verstoß gegen § 49 des E. E. G. V. C. S. i. S. Hirschfeld u. Wolff c. Zapalowski vom 15. Februar 1888, Nr. 301/87 V.

44. Was die Form der Pfändung in Ansehung der Grundschuld betrifft, die Frage nämlich, ob die letztere nach Vorschrift des § 730, oder des § 732 der C. P. O. zu bewirken war, so hat der B. R. mit Recht ersteres angenommen. § 732, welcher die Pfändung von Forderungen aus Wechseln und anderen Papieren, welche durch Indossement übertragen werden können, an die Besitznahme dieser Papiere durch den Gerichtsvollzieher knüpft, findet auf Grundschuldforderungen keine Anwendung. Ein Grundschuldbrief kann in Ansehung der Uebertragbarkeit einem Wechsel nicht gleichgestellt werden. Die Abtretung ohne Nennung des Erwerbers (Blanko-Abtretung), welche § 55 des E. E. G. bei Grundschulden gestattet, ist kein Indossement. Es muß der Uebertragungswille in der Abtretungserklärung ausgedrückt, oder sonst nachgewiesen oder doch aus den Umständen zu entnehmen sein. (Vergl. Urtheil des R. G. bei Gruchot Bd. 27 S. 103, Turnau 32. Auflage S. 430 not. 3). Der klare Wortlaut des § 732 der C. P. O. und sein formaler Charakter gestattet keine analoge Anwendung. (Vergl. Förster Eccius Bd. III S. 510.) Es muß aber auch dem B. R. darin beigetreten werden, daß die Entstehung des Pfändungspfandrechts an einer verbrieften Forderung, auch wenn diese im Grundbuch eingetragen ist, nicht durch Aushändigung der darüber vorhandenen Urkunde gemäß § 281 Tit. 20 Thl. I des A. L. R. bedingt ist, und daß im vorliegenden Fall die Wirksamkeit dieses Pfandrechts der Bekl. als dritten Erwerberin der Grundschuld gegenüber durch ihre Kenntniß von der vorher erfolgten Pfändung vermittelt wird. Nach § 730 der C. P. O. erfolgt die Pfändung einer Geldforderung durch das Verbot an den Drittschuldner, an den Schuldner (d. h. seinen Gläubiger) zu zahlen und das Gebot an den Schuldner sich jeder Verfügung über die gepfändete Forderung zu enthalten. Mit der Zustellung an den Drittschuldner ist die Pfändung als bewirkt anzusehen (Abs. 3 a. a. O.) Durch die Pfändung aber erwirbt der Gläubiger ein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstande (§ 709 Abs. 1 a. a. O.) Die C. P. O. hat in Ansehung der Zwangsvollstreckung durch Pfändung neues materielles Recht geschaffen, sie hat für die Entstehung des Pfandrechts eine neue Begründungsart eingeführt. Die Bedingungen für die Entstehung des solchergestalt neu eingeführten Pfändungspfandrechts können daher nur aus der C. P. O. entnommen werden, insoweit diese nicht eine Bezugnahme des Landesrechts enthält. Die C. P. O. hat für die Entstehung des Pfändungspfandrechts in Geldforderungen keine anderen Bedingungen aufgestellt als die oben angegebene in dem § 730 und in der hier (wie oben ausgeführt), nicht anwendbaren Specialbestimmung des § 732. Außer den Fällen des letztgedachten Paragraphen ist die Abnahme der über eine Geldforderung bestehenden Urkunde nicht vorgeschrieben, also nicht zu einem Erforderniß der Pfändung und des durch diese begründeten Pfandrechts gemacht. Es ergiebt sich dies auch aus § 737 a. a. O., welcher dem Gläubiger, der sich die gepfändete Forderung gemäß § 730 zur Einziehung oder an Zahlungsstatt hat überweisen lassen — von der bereits vorher vollzogenen Pfändung unabhängig — die Befugniß ertheilt, die Herausgabe der über die Forderung vorhandenen Urkunden von dem Schuldner zu verlangen und zu erzwingen. Findet hiernach der § 281 Tit. 20 Thl. I des A. L. R. auf das durch die C. P. O. eingeführte Pfändungspfandrecht jedenfalls generell keine Anwendung, so frägt es sich, ob demselben durch die im § 731 der C. P. O. enthaltene Bezugnahme der Landesgesetze die Anwendbarkeit für die Fälle gewahrt ist, wo eine Grundschuld oder Hypothekenforderung Gegenstand einer Pfändung ist. Das ist zu verneinen. Wird näher begründet. Was nun die Rechtswirkung des durch die Pfändung entstandenen Pfandrechts gegen Dritte betrifft, so wird dies gesichert: 1. thatsächlich durch den Besitz der Urkunde, insofern hierdurch eine wirksame Veräußerung oder anderweite freiwillige Verpfändung, sowie auch die Einziehung der gepfändeten Forderung gehindert ist; 2. rechtlich gemäß § 49 des E. E. G. durch Eintragung im Grundbuch resp. Vermerk auf dem Grundschuldbrief, wozu gleichermaßen die Vorlegung der Urkunden erforderlich ist. Solange also der Pfändungsgläubiger nicht die Verfügung über den über die gepfändete Forderung lautenden Grundschuld- oder Hypothekenbrief erlangt hat, ist sein Recht allerdings ein unvollkommenes insofern, als er so lange gehindert ist, seine Befriedigung aus der gepfändeten Forderung zu entnehmen und gegen dritte redliche Erwerber sein Recht nicht geltend machen kann. Dessenungeachtet aber besteht sein Recht und tritt in volle Wirksamkeit, sobald der Mangel gehoben ist, muß aber schon vorher von jedem Dritten respektirt werden, welcher mit Kenntniß

von der durch die Pfändung verhängten Beschränkung des eingetragenen Gläubigers ein Recht an der Hypothek oder Grundschuld und dadurch an dem Grundstück erworben hat (§ 49 a. a. O.). Die Kenntniß des Dritten von dem frühee entstandenen dinglichen Recht steht hier, wie überall, im Bereiche des Grundbuchrechts der erfolgten Eintragung gleich (Turnau Bd. I S. 473). Vergleiche auch Förster Eccius fünfte Auflage Bd. I S. 659 im Text und not. 156d. Die Nichtaushändigung der Urkunde über eine gepfändete Grundschuld oder Hypothekenforderung hindert also nur die Realisirung, nicht abee die Entstehung des Pfandrechts. Ob und wie das Hinderniß der Realisirung des Pfandrechts gehoben werden kann, hängt davon ab, wo die Urkunde sich befindet, und falls ein Dritter sie in Besitz oder Gewahrsam hat, von der Beschaffenheit des diesem etwa zustehenden Rechtes. V. C. S. i. S. Vogel c. Schindlee vom 22. Februar 1888, Nr. 306/87 V.

Zu den Zuständigkeitsgesetzen.

42. §56 des Preußischen Zuständigkeitsgesetzes vom 1. August 1883 (Gesetzsammlung S. 237) bestimmt im fünften Absatz, daß Streitigkeiten der Betheiligten darüber, wem von ihnen die öffentlich-rechtliche Verpflichtung zur Anlegung oder Unterhaltung eines öffentlichen Weges obliege, der Entscheidung im Verwaltungsstreitverfahren unterliegen sollen, und hierdurch ist füe den Bereich der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte ausgeschlossen. Vergl. Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. 17 S. 178). — Nach § 160 Abs. 2 desselben Gesetzes ergehen aber die Entscheidungen der Verwaltungsgerichte in den ihnen durch das Gesetz überwiesenen Streitsachen „unbeschadet aller privatrechtlichen Verhältnisse", für welche demnach die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte aufrecht erhalten ist, und es fragt sich daher, ob es sich hier um ein dem Privatrecht angehöriges Verhältniß dee streitenden Theile handelt. — Wenn in der Beeufungsinstanz die Kl. den § 56 Abs. 5 cit. schon deshalb füe unanwendbar erklärt hat, weil vorliegend nicht die Unterhaltungsflicht selbst sondern nur ihr Vertheilungsmaßstab streitig sei, so ist dies offenbar verfehlt, da auch in letzterem Falle der Streit in der That einen aliquoten Theil der Verpflichtung betrifft und von diesem selbstverständlich das Nämliche wie vom Ganzen, gelten muß. Vielmehr kommt es allein darauf an, ob der Streit die öffentlich-rechtliche Verpflichtung der Betheiligten (sei es im Ganzen oder einen Theil derselben) oder ein von dieser unabhängiges privatrechtliches Verhältniß zum Gegenstande hat. IV. C. S. i. S. Stadt Oschersleben c. Fiskus vom 23. Februar 1888, Nr. 319/87 IV.

VII. Das Französische Recht (Badische Landrecht).

43. L. R. S. 1337 betrifft nur einen solchen Akt, wobei ohne Uebernahme einer neuen Verpflichtung, lediglich zur Sicherung des Beweises einem bereits bestandenen Rechtsverhältniß ein urkundlicher, beziehungsweise — sofern schon bisher eine Urkunde hierüber bestand — ein neuer urkundlicher Ausdruck gegeben werden soll. Bei dem Akt vom 8. Mai 1884, und dem weiteren vom 5. September 1884, handelt es sich aber vielmehr darum, daß auf Grund einer Abrechnung — auf Grund der Auseinandersetzung von Ansprüchen und dee Tilgung derselben duech Leistungen hieran und Gegenansprüche — durch einen neuen Vertrag eine Schuldverpflichtung und zwae unter Konstituirung einer Darlehnsschuld übeenommen werden soll. (Veegl. L. R. Satz 1271 Ziffee I). Die Wirksamkeit desselben, sowie die Wirksamkeit der hierüber aufgenommenen Urkunde, ist daher unabhängig von einem Rückgreifen auf Urkunden, die über die Leistungen und Gegenleistungen, welche Gegenstand der Abrechnung waren, bestanden. Es steht ferner auch für das französische und badische Recht die rechtliche Wirksamkeit eines Abrechnungsvertrages in der Wissenschaft und Rechtsprechung fest. II. C. S. i. S. Fehrenbacher c. Vollmer vom 1. März 1888, Nr. 327/87 II.

44. Das B. G. hat ohne Rechtsiertbum in den Beziehungen der Postverwaltung zum Postboten N. das Verhältniß des commettant zum préposé im Sinne des Aet. 1384 c. c. angenommen. Namentlich bezieht sich der Ausdruck „préposé" nicht etwa nur auf Personen, welche als Vorgesetzte anderee Personen zu betrachten, also mit der Oberleitung eines Geschäfts beauftragt sind, vielmehe bezieht sich der Ausdruck „préposé" darauf, daß Jemand einem Geschäfte vorgesetzt, mit einer Dienstleistung betraut sei. II. C. S. i. S. Reichsfiskus c. Saum & See vom 21. Februar 1888, Nr. 308/87 II.

45. Die fraglichen Hypotheken sind, wie unbestritten, im Laufe des Verfahrens gelöscht worden und erscheint die Resiliationsklage, wenn eine Nichterfüllung des Kaufvertrages zur Zeit ihrer Erhebung voegelegen hätte, durch diese nachträgliche Erfüllung als beseitigt. Entscheidungen des R. G. Bd. VI Nr. 93 S. 332, Bd. VIII Nr. 75 S. 295. Immerhin ist aber wegen der Verurtheilung in die Kosten zu prüfen, ob die Klage ursprünglich begründet gewesen, oder ob der gegen das B. U. erhobene Angriff gerechtfertigt sei. Derselbe rügt Verletzung des Art. 1653 B. G. B. und § 259 C. P. O. Es ist nun zwar dem B. G. nicht beizutreten, wenn es davon ausgeht, daß der Art. 1653 die Klage auf Verteagsauflösung wegen auf dem Kaufgegenstande lastender Hypotheken auszuschließen bestimmt, und dieselbe nur im Falle einer ausdrücklichen Vereinbarung, daß der Verkäufer die Löschung der Hypotheken zu bewirken habe, stattgehabt sei. Daß der Art. 1653 an sich die Resiliationsklage nicht ausschließe ergiebt sich schon daraus, daß in demselben auch die Bedrohung mit der Eigenthumsklage erwähnt ist, ein Fall, in welchem in der Regel die Nichterfüllung des Vertrages vorliegen wied. (Art. 1599, 1603, 1625, 1626 B. G. B.) Der Art. 1653 bestimmt aber übeehaupt nur, in welchen Fällen der Käufee zur Retention des Kaufpreises berechtigt sei und aus der Zulässigkeit der Retention folgt weder die Unzulässigkeit noch die Zulassung der Klage auf Vertragsauflösung. Vielmehr ist, ob letztere begründet sei, auf Grund des Art. 1184 B. G. B. und darnach zu entscheiden, ob dee Veekäufer eine ihm kraft Gesetzes oder Uebereinkunft obliegende Verbindlichkeit nicht erfüllt habe. Im Gesetze ist nun aber nirgends ausgespeochen, daß die Befreiung des Kaufgegenstandes von den Inskriptionen zu den Verpflichtungen des Verkäufers gehöre, den Käufer sollen vielmehr zunächst das Retentionsrecht am Kaufpreise und das Purgationsverfahren schützen. Demnach kommt es darauf an, ob eine Verbindlichkeit durch Vereinbarung begründet worden sei. Eine solche braucht jedoch nicht eine ausdrückliche Verabredung zu sein (obligation formelte, wie Laurent XXIV Nr. 325 sich ausdrückt), sondern nach allgemeinen Grundsätzen kann auch eine stillschweigende Uebereinkunft

sich aus dem gesammten Vertragsinhalte und den Umständen ergeben. Der Kl. hat aber weder eine ausdrückliche noch eine stillschweigende Vereinbarung dargethan. II. C. S. i. S. Schweitzer c. Sauer vom 28. Februar 1888, Nr. 310/87 II.

46. Die Eheleute K. waren allerdings befugt, ihre Forderung aus dem zweiseitigen Vertrage an einen Dritten zu cediren und richtig ist, daß durch die Cession die Forderung nur mit den Mängeln behaftet auf den Cessionar überging, welche sich aus der theilweisen Nichterfüllung des Vertrages ergeben, da die Verkäufer nicht mehr Rechte auf den Cessionar übertragen konnten, als sie selbst hatten. Aber daraus folgt nur, daß der Schuldner des Kaufpreises nicht den vollen Betrag desselben zu zahlen verpflichtet war, nicht aber, daß er vom Cessionar die Herstellung der noch fehlenden Arbeiten verlangen konnte. Die persönlichen Verpflichtungen der Verkäufer aus dem Vertrage gingen durch die Cession in keiner Weise auf den Cessionar über. Um eine solche Wirkung hervorzubringen, hätte es auch der Mitwirkung beider Contrahenten des Kaufvertrages bedurft. Der Schuldner konnte also trotz der Cession nur die ursprünglichen Verkäufer zur Ausführung der Herstellungsarbeiten anhalten. Vergleiche Entscheidungen des R. G. vom 2. Februar 1886, abgedruckt im Rheinischen Archiv Bd. 76, 3 S. 179. Dagegen war der Schuldner allerdings berechtigt, auf Grund des Art. 1142 des B. G. B. den rechtlichen Gesichtspunkt des Schadenersatzes geltend zu machen, und der hierauf gegründete Anspruch konnte auch im Wege der Compensation gegen die Kaufpreisforderung dem Cessionar gegenüber erhoben werden, weil er gerade denjenigen Betrag darstellt, um welchen die Kaufpreisforderung wegen Nichterfüllung der Verkäufer weniger werth ist, als sie nach dem Vertrage betragen sollte. Dabei kommt nun aber weiter in Betracht, daß der Betrag des Schadens sich keineswegs deckt mit dem Betrage der Herstellungskosten oder mit der Minderwerthigkeit des Hauses. Vergleiche Entscheidungen des R. G. Bd. 18 S. 338. II. C. S. i. S. Endepols c. Huben vom 18. Februar 1888, Nr. 319/87 II.

M.

Die Vergleichsgebühr des Anwalts im Privatklageverfahren.

Von Alphons Mosson, Rechtsanwalt in Jüterbog.

Die Gebühren-Ordnung für Rechtsanwälte vom 7. Juli 1879 hat die Vergütung der anwaltlichen Thätigkeit im Privatklageverfahren wesentlich ebenso gestaltet wie im sonstigen Verfahren vor dem Schöffengericht. Nachdem man das preußische System, die Injuriensachen dem Civilprozeßgericht zu übertragen, über Bord geworfen hatte, ergab sich naturgemäß eine andere Behandlung der Gerichtskosten und damit auch der Anwaltsgebühren. Während früher nach altpreußischem Recht das Kostenobjekt in Stufen von 180 Mark an zum Ansatz gebracht wurde und hiernach auch die Anwaltsgebühren wie im Civilprozeß sich bemaßen, kommen nunmehr einheitliche feste Sätze für die „Vertheidigung" im Vorverfahren und Hauptverfahren zur Anwendung. Bei Abfassung der Gebühren-Ordnung ist nun übersehen worden, daß im Privatklageverfahren außer der Vertheidigungs-Thätigkeit des Anwalts resp. der entsprechend behandelten Anklagethätigkeit es noch eine andere geben kann und soll, nämlich die Bemühung um Abschließung eines Vergleichs. In einem wesentlichen Punkte hat das Privatklageverfahren eben seinen ursprünglich civilprozessualischen Charakter beibehalten. Während im Verfahren auf Betrieb der Staatsanwaltschaft (abgesehen von gewissen Fällen der Einstellung des Verfahrens) nach erhobener Anklage ein Urtheil ergehen muß, ist der Verlauf des Privatklageverfahrens dem Belieben der Parteien insofern unterworfen, als sie sich aussöhnen, sich vergleichen können. Wörtlich ist der Vergleich im Gesetz allerdings nicht vorgesehen; die Strafprozeßordnung kennt nur eine Zurücknahme der Privatklage, zulässig bis zum Erlaß des Urtheils zweiter Instanz; ebenso das Gerichtskostengesetz. Gleichwohl existirt der Vergleich thatsächlich. Ein Gesetz, welches als nothwendige Voraussetzung der Privatklage ein Sühneverfahren vorschreibt, muß den Abschluß einer Sühne auch im spätern Verfahren als wünschenswerth und möglich in sich schließen. In der Praxis figurirt denn auch die Sühne nicht etwa blos als Klagerücknahme, sondern verbotenus als Vergleich. In der Mehrzahl der Fälle wird die Formel im Protokoll wie folgt gefaßt:

> „Als so weit verhandelt war, „verglichen" sich die Parteien wie folgt: Privatkläger nimmt die Klage zurück, Angeklagter (oder fälschlicher Weise oft Beklagter) bedauert die gethanen Aeußerungen, zahlt so und soviel Mark an die Armenkasse, und übernimmt sämmtliche Kosten"

oder ähnlich. Ob dieser Vergleich, der als Zwangsvollstreckungstitel in die Strafprozeßordnung nicht aufgenommen ist, auch wirklich vollstreckt werden kann, namentlich hinsichtlich der übernommenen Anwaltskosten, kann dahingestellt bleiben; es interessirt hier nur die Thatsache, daß ebenso wie im Civilprozeß über den Gegenstand einer Strafklage ein Ausgleich ohne Urtheil möglich ist und der Anwalt hierbei thätig sein kann. Der Aufwand an Ueberredungskunst und die sonstige Mühe, die der Anwalt hierbei entwickeln muß, ist mindestens ebenso bedeutend wie im Civilprozeß; seine Arbeit wird im Privatklageverfahren häufig noch mühevoller sein, als bei einem Streit um das Soll und Haben. Bei letzterem handelt es sich zumeist um ein Vermögensobjekt, dessen Gewinn oder Verlust nur selten den einen zum reichen, den andern zum armen Mann machen wird. Bei der Privatklage ist dagegen das Objekt unschätzbar; meine Ehre ist verletzt, meine Person thätlich angegriffen und hierdurch mißachtet, vielleicht auch ein Körperschade mir zugefügt; und ich soll nun darauf verzichten, daß gegen den Uebelthäter die gesetzliche Strafe durch richterliches Urtheil ausgesprochen wird; es soll eben nicht gestraft werden, der schuldige Angeklagte nicht als bestrafter Mensch unter seinen Mitbürgern zu wandeln brauchen. Oder umgekehrt, wenn das Recht sich auf die Seite des Angeklagten neigt, so soll er darauf verzichten, daß die falsche Anklage des Gegners als solche durch richterliches Urtheil festgestellt wird. Und für den Aufwand an geistiger Kraft zur Erreichung eines solchen Zieles soll der Anwalt eine Vergütung nicht erhalten, während sie ihm bei dem Streit um Mein und Dein zugebilligt wird? Das muß gefordert werden und kann es meines Erachtens auch auf Grund des bestehenden Gesetzes.

Wie die obige Ausführung zeigt, würde eine Vergleichsgebühr mit dem Geiste der Strafprozeßordnung und der Ge-

bührenordnung nicht im Widerspruch stehen, sondern nur eine vorhandene Lücke ergänzen. Die Handhabe zu dieser Ergänzung bietet die generalis clausula des § 89 Gebührenordnung und die analog anzuwendende Bestimmung[illegible] der § 13. Es muß untersucht werden, ob eine ents[illegible] gleichmäßige Prozeß- und Verhandlungsgebühr auch für das Privatklageverfahren sich eruiren und nach derselben die Vergleichsgebühr sich bemessen läßt. Die Gebührenordnung kennt nun in Strafsachen nur eine einheitliche Vertheidigungsgebühr, hier in Höhe von 12 Mark und zwar für die Vertheidigung in der Hauptverhandlung vor dem Gericht. Dieselbe erhöht sich im Falle einer Beweisaufnahme um die Hälfte. In dieser Gebühr ist nach § 70 auch die Vergütung für alle sonstigen zur Instanz gehörigen Anträge, Gesuche und Erklärungen enthalten.

Durch die einheitliche Festsetzung einer Vertheidigungsgebühr will die Gebührenordnung offenbar andeuten, daß sie die Hauptthätigkeit des Vertheidigers resp. Privatklägers im mündlichen Plaidoyer sieht und die schriftliche Vorbereitung durch Anträge 2c. nur als nothwendige Nebenthätigkeit betrachtet. Andrerseits geht dem Hauptverfahren, welches mit dem Erlaß des Anklagebeschlusses als begonnen anzusehen ist, nothwendig ein Vorverfahren voraus, bestehend aus der Einreichung der Klageschrift und der Gegenerklärung des Beschuldigten; häufig folgen sich in diesem Verfahren eine ganze Reihe von Schriftensätzen, Replik, Duplik 2c., also ein dem vorbereitenden Schriftwechsel des Civilprozesses ganz analoges Verfahren, für welches dem Anwalt im Civilprozeß eben die Prozeßgebühr vergütet wird. Dieses Vorverfahren wird mit Recht von der Mehrzahl der Schriftsteller und durchgehends in der Praxis als unter § 67 der Gebührenordnung fallend angesehen und ohne Anrechnung auf die Vertheidigungsgebühr für die Verhandlung vor dem Schöffengericht mit 6 Mark vergütet. Berücksichtigt man ferner, daß die Gebühr für Rechtfertigung einer Berufung in Schöffensachen ebenfalls in dieser Höhe fixirt ist, also für eine Thätigkeit, welche so recht den ganzen Streitstoff außerhalb des Gerichtslokals für die zweite Instanz umfaßt, und erwägt man schließlich, daß diese Rechtfertigungsgebühr nach § 70 von der Anrechnung auf die Vertheidigungsgebühr zweiter Instanz ebenfalls ausgeschlossen ist, so kommt man nothwendig zu dem Schluß, die Vertheidigungsgebühr der Hauptverhandlung ist eine wahre Verhandlungsgebühr, und als Prozeßgebühr läßt sich die Gebühr für das Vorverfahren, resp. für die zweite Instanz die Gebühr für die Berufungsrechtfertigung fingiren. Es wäre nicht richtig, die Gebühr für das Vorverfahren und für die Hauptverhandlung zu addiren und mit Rücksicht auf die nach § 70 der letzteren zur Last fallenden schriftlichen Nebenthätigkeiten eine Ausgleichung durch Theilung der Summe stattfinden zu lassen; denn es kann auch umgekehrt im Vorverfahren eine mündliche Verhandlung stattfinden, z. B. wenn das Gericht vor Erlaß des Anklagebeschlusses Erhebungen durch Zeugenvernehmungen anstellt und der Anwalt sich an diesen Terminen betheiligt, und hierfür müßte der Anwalt sich offenbar mit der Gebühr des Vorverfahrens begnügen.

Hat sich somit für die fingirte Verhandlungs- und Prozeßgebühr ein verschiedener Satz von 12 Mark und 6 Mark ergeben, so ist abzuwägen, durch welchen von beiden Sätzen die Vergleichsgebühr richtiger vergolten wird. Nur der ungefähr zu schätzende Aufwand an Mühe und Arbeit wird der Maßstab sein dürfen, und da bedarf es wohl keiner weitern Ausführung, daß die Concentrirung der geistigen Kräfte bei dem kampfbereiten Gegenübertreten der Parteien vor dem Gerichtshof eine bedeutend größere ist, als bei friedlicher Beilegung, bei welcher im wesentlichen die Ueberredungskunst und das praktische Abwägen von möglichen Folgen der weiteren Verhandlung eine Rolle spielen. Reicht somit diese Thätigkeit geistig an diejenige der „kontradiktorischen Verhandlung“ — wenn dieser Ausdruck hier gestattet ist — bei weitem nicht heran, so wird auch nicht diese, sondern die eruirte Prozeßgebühr als Maßstab der Vergleichsgebühr zu nehmen und letztere somit auf 6 Mark zu bemessen sein. Unterstützt wird dieser Schluß durch die aus dem Gesetz sich ergebende Folge, daß das Sühneverfahren vor dem Schiedsmann im Sinne der Gebührenordnung als Vorverfahren anzusehen und die Assistenz des Anwalts in einem solchen Termin mit 6 Mark zu vergüten ist. Kehrt nun im späteren, nach dem Sühnetermin eingeleiteten Verfahren die vermittelnde Thätigkeit des Anwalts aus freiem Antriebe wieder und hat sie Erfolg, so wird man dieser vom Gesetzgeber so gewünschten Thätigkeit sicherlich die nämliche Honorirung nicht versagen dürfen, welche der Anwalt früher im zwangsweise vorgeschriebenen Sühneverfahren beanspruchen durfte.

Die Vergleichsgebühr ist demnach auf 6 Mark zu bemessen; sie wird, falls der Vergleich vor Erlaß des Anklagebeschlusses zu Stande kommt, den bisher im Vorverfahren verdienten Gebühren einfach hinzutreten. Ebenso wenn er nach einer vertagten Hauptverhandlung außergerichtlich abgeschlossen wird. Geschieht die Versöhnung der Parteien in der Hauptverhandlung selber, so wird zu unterscheiden sein, ob bereits in den strengen Formen des Prozesses verhandelt worden ist oder nicht. Ist letzteres der Fall, ist also nur zum Zweck der Sühne vor dem Gericht verhandelt worden, dann wäre die bloße Vergleichsgebühr eigentlich eine zu geringfügige Gesammtvergütung des Hauptverfahrens; man wird deshalb befugt deduziren können, der Auftrag zur Vertheidigung resp. zur Anklage in der Hauptverhandlung sei durch den Abschluß der Sühne erloschen und in analoger Anwendung des § 14 mit 6 Mark neben der Vergleichsgebühr gebührenpflichtig. Somit wäre die jetzt bestehende Uebung, die Vergleichsabschließung in der Hauptverhandlung mit Vertretung resp. Vertheidigung in derselben zu identifiziren, im thatsächlichen Ergebniß mit den obigen Sondergebühren übereinstimmend. Hat dagegen das formelle Verfahren seinen Fortgang gehabt, ist Rede und Gegenrede gewechselt im Sinne der kontradiktorischen Verhandlung (es braucht nicht grade das Schluß-Plaidoyer zu sein), hat insbesondere eine Beweisaufnahme stattgefunden und tritt dann erst die Sühne ein, so hat der Anwalt seine Vertheidigungsgebühr voll verdient und die Vergleichsgebühr tritt hinzu, indessen da der Vergleich vor dem verhandelnden Richter abgeschlossen ist und auch die volle Vertheidigungsgebühr dem Anwalt bereits zukommt, in analoger Anwendung des § 18 nur zur Hälfte mit 3 Mark.

In der Berufungsinstanz würden die oben entwickelten Sätze ebenfalls Anwendung zu finden haben.

Für die Redaktion verantw.: E. Haenle. Verlag: W. Moeser Hofbuchhandlung. Druck: W. Moeser Hofbuchdruckerei in Berlin.

Dieser Nummer liegt für die Mitglieder des Deutschen Anwaltvereins ein Circular **„Gutachten aus dem Anwaltstande über die erste Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs“** bei.

№ 17. Berlin, 9. April. 1888.

Juristische Wochenschrift.

Herausgegeben von

S. Haenle, Justizrath, Rechtsanwalt in Ansbach. und M. Kempner, Rechtsanwalt beim Landgericht I. in Berlin.

Organ des deutschen Anwalt-Vereins.

Preis für den Jahrgang 20 Mark. — Inserate die Zeile 40 Pfg. — Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt.

Inhalt.

Aufsätze für die Juristische Wochenschrift, welche acht Spalten überschreiten, können nur ausnahmsweise angenommen werden. Aufsätze, welche sich auf Angelegenheiten des Anwaltstandes und die Reichsjustizgesetze beziehen, erhalten den Vorzug.

Die Redaktion.

Vereinsnachrichten.

Den Herren Kollegen, welche die Zeitschrift „Gutachten aus dem Anwaltstande“ bei dem Unterzeichneten oder den Herren Vertrauensmännern der Hülfskasse bestellt haben, wird hiermit bekannt gegeben, daß die Erhebung des für die einzelnen Hefte zu zahlenden Preises im Juni 1889 entweder durch den Schriftführer oder die Herren Vertrauensmänner der Hülfskasse bewirkt werden wird.

Leipzig, 2. April 1888.

Mecke, Schriftführer.

Aus der Praxis der Strafsenate des Reichsgerichts.

(Präjudizien aus der Zeit vom 1. Januar bis Anfang März 1888.)

I. Zum Reichsstrafgesetzbuch.

1. § 28 Abs. 2 Str. G. B., § 146 R. Gew. Ordnung.

In den Fällen des § 146 findet § 28 Abs. 2 keine Anwendung. Urth. des II. Sen. v. 3. Januar 1888 (3040/87).

2. §§ 67, 68.

Jede gegen die That gerichtete Verfolgungshandlung unterbricht die Verjährung, gleichviel wie die That zur Zeit der Aburtheilung rechtlich qualifizirt wird. Urth. des I. Sen. v. 12. Januar 1888 (3184/87).

3. §§ 49, 63, 73, 74, 257.

Die Beihülfe oder Begünstigung einer fortgesetzten Handlung kann zu jeder einzelnen Fortsetzungshandlung geleistet werden, und findet, wenn der Gehülfe oder Begünstiger getrennte Entschlüsse gefaßt hat, realer Zusammenfluß statt. Ist die mehrfache Beihülfe oder Begünstigung Ausfluß eines Entschlusses, so ist dieselbe in Fortsetzung verübt. Ein gegen den Hauptthäter gerichteter Strafantrag ist in beiden Fällen wirksam auch gegen den Gehülfen oder Begünstiger, auch wenn des letzteren That später verübt wurde, als der Antrag gestellt ist. Urth. des III. Sen. v. 5. März 1888 (192/88).

4. § 113.

Bei öffentlichen Beamten wird die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung dadurch nicht ausgeschlossen, daß sich dieselben über Umstände irrten, welche ihr Ermessen zu leiten geeignet sind, jedoch nur dann, wenn der Beamte sich über Thatsachen, nicht auch, wenn wegen er sich über das Gesetz irrt. Urth. des IV. Sen. v. 17. Januar 1888 (3098/87).

5. Ein Zwangsvollstreckungsbeamter, der zur Versteigerung der Exekutionsobjekte schreitet, ohne die Vorschriften der preußischen Anweisung vom 15. September 1879 zur Ausführung der Verordnung v. 7. September 1879 beobachtet zu haben, ermangelt der rechtmäßigen Ausübung des Amtes nicht. Urth. des I. Sen. v. 6. Februar 1888 (3145/87).

6. §§ 113, 114, 117.

Wenn Drohungen gegen einen Beamten zum Zweck hatten, die Unterlassung einer künftigen nicht unmittelbar bevorstehenden Amtshandlung zu erzwingen, so ist § 114; hat die Amtshandlung schon begonnen oder steht der Beginn unmittelbar bevor, so ist § 113 oder je nach der Kategorie, welcher der Beamte angehört § 117 anwendbar. Urth. des III. Sen. v. 23. Februar 1888 (37/88).

7. § 117 Str. G. B. Art. 14 würt. Forststrafges. v. 2. September 1879.

Ein beeideter Privatforstbediensteter in Würtemberg ist in rechtmäßiger Ausübung seines Dienstes, wenn er zum Forstfrevel gebrauchte oder bestimmte Werkzeuge, welche nach Art. 14 cit. eingezogen werden können, mit Beschlag belegt. Urth. des I. Sen. v. 23. Januar 1888 (2435/87).

8. § 122 Abs. 2.

Nur solche Gefangene sind nach dieser Bestimmung strafbar, welche ihren Willen sich mit Gewalt zu befreien bethätigt haben,

wenn auch nur durch ihre Gegenwart mit der Absicht, die Gewaltanwendung anderer Betheiligten zu unterstützen. Urth. des II. Sen. v. 20. Januar 1888 (3219/87).

9. §§ 137, 288, 73.

Bei Seite Schaffen u. s. w. gepfändeter Gegenstände nach § 137 und die Vereitelung drohender Zwangsvollstreckung können ideell konkurriren. Drohende Zwangsvollstreckung liegt nicht nur bezüglich desjenigen Gläubigers vor, welcher die Zwangsvollstreckung beantragt oder dem Antrage beigetreten ist, sondern bezüglich eines jeden, der Schritte zur Geltendmachung seiner Forderung gethan hat. Urth. d. II. Sen. v. 10. Januar 1888 (2956/87).

10. § 137.

Eine Zwangsvollstreckung, welche ein Gerichtsvollzieher in Folge mündlichen Auftrags einer nicht schriftlich legitimirten Mittelsperson, die ihm die vollstreckbare Ausfertigung des Urtheils übergeben hat und gegen deren Beauftragung ein Bedenken nicht besteht, vorgenommen hat, ist durch § 137 geschützt. Urth. des II. Sen. v. 17. Februar 1888 (260/88).

11. §§ 158, 183 Str.G.B. Preuß. Ges. v. 12. März 1869.

Die bei einer Nachlaßregulirung in Preußen abgegebene eidesstattliche Versicherung, keine näheren oder gleich nahe Erben zu kennen, ist nicht fahrlässig falsch abgegeben, wenn auch der versichernde Erbe sich keinerlei Mühe zur Erlangung richtiger Kenntniß gegeben hat. Strafloser Widerruf ist ausgeschlossen, wenn ein Theil der Erben die Erbbescheinigung erhalten hatte. Urth. des II. Sen. v. 6. März 1888 (442/88).

12. Jede Erklärung, welche eine frühere Erklärung derselben Person als unrichtig anerkennt, auch wenn sie auf behördlichem Vorhalt abgegeben ist, muß als Widerruf betrachtet werden. Der Widerruf einer vor einem Notar abgegebenen eidesstattlichen Versicherung kann vor demselben Notar erfolgen. Urth. des IV. Sen. v. 24. Februar 1888 (228/88).

13. § 161.

Es ist unzulässig, bei Verurtheilung wegen Beihülfe oder Versuchs des Meineides auf Eidesunfähigkeit zu erkennen. Urth. des I. Sen. v. 6. Februar 1888 (128/88).

14. §§ 180, 181, 59.

Die Förderung des geschlechtlichen Verkehrs zwischen Verlobten durch die Eltern des einen von beiden Theilen ist an denselben als Kuppelei strafbar, auch wenn dieselben über die Strafbarkeit im Irrthum waren. Urth. des IV. Sen. v. 10. Februar 1888 (134/88).

15. § 196 Str. G. B. § 266 Str. Pr. O.

Die besonderen Umstände, welche bei dem Antrage auf Strafverfolgung in das Gewicht fallen, wie z. B. die Entscheidung der Frage, ob anzunehmen sei, daß die Beleidigung oder Mißhandlung eines Beamten während der Ausübung seines Berufes oder in Beziehung auf denselben erfolgt sei, unterliegen nicht der thatsächlichen Feststellung des Instanzrichters allein, sondern können vom Revisionsgericht wie der Strafantrag selbst nachgeprüft werden. Urth. des II. Sen. vom 17. Februar 1888 (280/88).

16. § 196 Str. G. B. §§ 3, 5, 79 preuß. Ausf. Ges. z. G. V. G. v. 24. April 1878.

Der einem preußischen Amtsgerichte zur unentgeltlichen Beschäftigung beigegebene Gerichtsassessor, welcher in einem von ihm besorgten gerichtlichen Geschäft beleidigt wird, ist berechtigt, als Vertreter des Gerichts den Strafantrag zu stellen, nicht der aufsichtführende Amtsrichter. Urth. des IV. Sen. v. 27. Januar 1888 (86/88).

17. § 196.

Die preußische Gerichtskasse ist eine Behörde, welche beleidigt werden kann, und der Kassenkurator ist deren Vertreter. Urth. des II. Sen. v. 10. Januar 1888 (3097/87).

18. In der preußischen Rheinprovinz ist der Landrath der Vorgesetzte der Bürgermeister von Städten mit weniger als 10 000 Einwohnern, und zur Stellung des Strafantrags wegen Beleidigung eines solchen Bürgermeisters befugt. Urth. des I. Sen. v. 30. Januar 1888 (2904/87).

19. Das Ehrengericht einer Anwaltskammer ist eine Behörde, welche Strafanträge unter Unterschrift ihres Vorsitzenden zu stellen befugt ist. Urth. des III. Sen. v. 20. Februar 1888 (3214/87).

20. § 224.

Siechthum ist ein chronischer Krankheitszustand, welcher den ganzen Organismus ergreift und eine erhebliche Beeinträchtigung des Allgemeinbefindens, ein Schwinden der Körperkräfte, Hinfälligkeit zur Folge hat. Dasselbe muß nicht unheilbar sein aber nur in unbestimmter Zeit die Heilung voraussehen lassen. Urth. des II. Sen. v. 13. Januar 1888 (3021/77).

21. § 230.

Der Verkauf von Morphium ohne ärztliche Anordnung, wobei vorauszusehen ist, daß das Mittel verwendet wird, die Gesundheit einer Person durch Morphiuminjektionen zu schädigen, kann als fahrlässige Körperverletzung bestraft werden. Urth. des III. Sen. v. 23. Februar 1888 (3217/87).

22. § 235.

Die Mutter kann das Delikt des § 235 gegen den Vater begehen und liegt in dem Versteckthalten des Kindes eine Entziehung desselben, wenn dadurch eine Rechtspflicht verletzt wird, sei es in Folge eigenen vorausgegangenen Thuns oder bestehender rechtlicher Verhältnisse. Die List setzt nicht Täuschung, sondern nur ein geflissentliches Verbergen der Absicht oder der gebrauchten Mittel voraus. Urth. des II. Sen. v. 27. Januar 1888 (27/88).

23. § 239.

Derjenige, welcher die Freiheit eines anderen durch Festnahme in berechtigter Weise beeinträchtigt, wird strafbar, wenn er die Grenzen seiner Berechtigung widerrechtlich und wissentlich überschreitet. Urth. des I. Sen. v. 13. Februar 1888 (3/88).

24. § 240.

Gewalt gegen Dritte verübt erfüllt den Thatbestand des § 240, wenn dieselbe geeignet und bestimmt ist, den Verfügungsberechtigten zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung zu nöthigen. Unter solchen Umständen genügt auch die Bedrohung Dritter. Urth. des II. Sen. v. 17. Januar 1888 (3227/87).

25. §§ 247, 63.

Das Prinzip der Untheilbarkeit des Strafantrags findet auch auf die auf persönlichen Verhältnissen beruhenden, sogen. relativen Antragsdelikte Anwendung, wenn an der That Mehrere betheiligt sind, bezüglich welcher ein Strafantrag Voraussetzung der Strafverfolgung ist. Urth. des IV. Sen. v. 17. Januar 1888 (3114/87).

26. § 248.

Wenn ein Urtheil als Beweismittel erhoben und im Tenor und Auszug der Gründe mitgetheilt wird, darf die vollständige Verlesung auf Antrag nicht abgelehnt werden, auch wenn die Gründe Zeugenaussagen enthalten. Urth. des II. Sen. v. 7. Januar 1888 (3067/87).

27. §§ 259, 246, 49.

Die Annahme des Gerichts, daß ein Angeklagter die Unterschlagung einer Sache durch Abschluß eines Kaufvertrages vollendet, sodann aber der Käufer durch Uebernahme des Kaufobjekts dieses als Hehler an sich gebracht habe, ist bei Vorliegen des erforderlichen subjektiven Thatbestandes nicht rechtsirrig. Urth. des IV. Sen. v. 13. Januar 1888 (3042/87).

28. § 263.

Der Verkauf eines künstlichen Bitterwassers statt eines vom Käufer verlangten natürlichen ist als Betrug strafbar, auch wenn die Herstellungskosten des abgegebenen die Bezugspreise der verlangten Waare übersteigen oder das abgegebene Fabrikat zu demselben Preise im Handel ist wie das verlangte. Urth. des I. Sen. v. 26. Januar 1888 (8/88).

29. §§ 263, 265, 74.

Die Erhebung von Brandversicherungsgeldern durch den Versicherten, nachdem derselbe den Brand selbst verursacht hat, unter Verschweigung dieser Thatsache, ist als Betrug strafbar, der mit der Brandstiftung real konkurrirt. Urth. des II. Sen. v. 21. Jannar 1888 (3221/87).

30. § 266.

Untreue ist in allen Fällen des § 266 nur mit dem Eintritt eines Vermögensnachtheils, einer nachtheiligen Veränderung der bisherigen Vermögenslage desjenigen, gegen welchen die That gerichtet ist, vollendet. Urth. des II. Sen. v. 17. Januar 1888 (3228/87).

31. §§ 266, 246, 73.

Der als Liquidator einer Handelsgesellschaft durch das Gericht oder durch Uebereinkunft der Gesellschafter bestellte frühere Gesellschafter ist Bevollmächtigter im Sinne des § 266 Ziff. 2 und kann Untreue, und in idealer Konkurrenz damit Unterschlagung begehen. Urth. des I. Senat v. 1. März 1888 (230/88).

32. § 267.

Atteste, welche in Preußen ein angestellter Fleischbeschauer außerhalb seines amtlichen Geschäftskreises ausstellt, wie diejenigen, durch welche als Nachweis stattgehabter sachverständiger Untersuchung die Einführung von Fleisch in Gemeinden, welche ein öffentliches Schlachthaus errichtet haben, bedingt sein kann, sind zwar keine öffentlichen, wohl aber beweiserhebliche Privaturkunden. Urth. des II. Sen. v. 27. Januar 1888 (88/88).

33. Der Abschnitt auf einer Postpacketbegleitadresse, welcher mit Namen und Wohnort des Absenders ausgefüllt ist, ist unter gewöhnlichen Verhältnissen keine Urkunde, insbesondere nicht der Post gegenüber als Nachweis über die Person des Absenders, der Eintrag eines falschen Namens also auch keine Fälschung; jedoch kann unter besonderen Umständen und Verabredungen die Urkundenqualität vorliegen. Urth. des III. Sen. v. 9. Februar 1888 (2013/87).

34. Der Vorsatz bei Privaturkundenfälschung besteht nicht im Bewußtsein des Thäters, daß durch seine Handlung konkrete materielle Rechte eines Dritten verletzt werden, sondern darin, sich für eine Thatsache ein falsches rechtserhebliches Beweismittel zu verschaffen. Urth. des I. Sen. v. 13. Febr. 1888 (109/88).

35. §§ 267, 270, 363.

Wenn der Zweck der Verfälschung einer Urkunde mit deren Gebrauch zum Zwecke der Täuschung übereinstimmt, ist aus § 267, außerdem aus § 270 zu strafen. Die Uebergabe einer gefälschten Urkunde bei Gericht zur Berücksichtigung bei einer demnächst stattfindenden Verhandlung ist Gebrauch zur Täuschung. Die Fälschung eines Jagdscheins zur Benutzung bei Jagdausübung oder zur Abwendung einer Strafe findet nicht Statt zum Zwecke besseren Fortkommens. Urth. des II. Sen. a. 9. März 1888 (470/88).

36. § 271.

Die unwahre Angabe, ein uneheliches Kind, dessen Tod dem Standesbeamten angezeigt wird, sei ein eheliches, ist als intellektuelle Urkundenfälschung strafbar. Urth. des IV. Sen. v. 17. Jannar 1888 (3174/87).

37. § 274. Ziff. 2.

Grenzsteine können auch durch stillschweigende Willenserklärung als solche anerkannt werden, und sind in diesem Falle gegen willkürliche Bestimmung auch dann geschützt, wenn sie die Grenze unrichtig bezeichnen. Urth. des II. Sen. v. 20. Januar 1888 (3265/87).

38. § 289.

Nach preußischem Landrecht (Thl. I Tit. 21 §§ 332—335, 395) hat das Pfandrecht des Vermiethers Wirksamkeit für alle Forderungen desselben aus dem Miethverhältnisse auch für Ansprüche wegen nicht rechtzeitiger Rückgewähr der Miethwohnung und Entschädigung für rechtswidrige Fortbenutzung der Wohnung. Urth. des II. Sen. v. 3. Februar 1888 (100/88).

39. Nach Hamburger Recht steht dem Vermiether ein Pfandrecht an den Illaten des Miethers nur für verfallene und für die bis zum nächsten Umzugstermine verfallenden Miethzinse zu. Urth. des III. Sen. a. 9. Februar 1888 (3153/87).

40. Wenn der wegen Entziehung von Illaten aus der Retention des Vermiethers oder Verpächters Angeklagte mit Rücksicht auf eine von ihm als vorhanden angenommene Gegenforderung, sei es auch einer illiquiden, glaubt, es bestehe keine Mieth- oder Pachtzinsforderung mehr, so fehlt es an dem zur Strafbarkeit erforderlichen Vorsatz. Urth. des IV. Sen. v. 10. Februar 1888 (3161/87).

41. Das Pfandrecht des Verpächters erstreckt sich nach preußischem Recht wegen des laufenden Zinses auf alle Früchte, einschließlich der im ordnungsgemäßen Betriebe zum Verkaufe bestimmten. Urth. des II. Sen. v. 21. Februar 1888 (356/88).

42. §§ 296, 296a, 370 Ziff. 4.

Unter Fischen ist nicht nur das Fangen von Fischen, sondern auch das von anderen Wasserthieren zu verstehen, insofern dasselbe landesrechtlich als Bestandtheil des Fischereirechts geschützt ist. Urth. des II. Sen. v. 21. Februar 1888 (318/88).

43. § 308.

Unter den Begriff einer Hütte im Sinne des § 308 fällt ein Bauwerk nur dann, wenn dasselbe ein selbstständiges unbewegliches Ganzes bildet, welches keine geringfügige Bodenfläche einnimmt und Schutz gegen äußere Einwirkungen in einer dem Zwecke genügenden Festigkeit gewährt. Urth. des I. Sen. v. 16. Februar 1888 (75/88).

44. § 328 Str. G. B. §§ 14, 18 R. Ges. v. 23. Juni 1880, betr. die Abwehr und Unterdrückung der Viehseuchen.

Das Reichsgesetz giebt den Polizeibehörden nur dann die Befugniß zur Anordnung der im Gesetze zugelassenen Schutzmaßregeln, wenn eine Seuche ausgebrochen ist oder eine konkrete Seuchengefahr amtlich festgestellt ist, nicht schon zur Verhütung unbestimmter Gefahren. Urth. des IV. Sen. v. 24. Januar 1888 (3232/87).

45. § 340.

Nicht jede während einer Amtsausübung verübte Körperverletzung ist aus § 340 strafbar, sondern nur diejenige, bei deren Begehung der Thäter in amtlicher Eigenschaft aufgetreten ist. Urth des I. Sen. v. 23. Februar 1888 (204/88).

46. § 348.

Die in Bayern auf Grund der von der Kreisregierung erlassenen oberpolizeilichen, oder der von der Ortspolizeibehörde erlassenen polizeilichen Vorschriften geführten Fleischbeschau-Register sind öffentliche Urkunden. Urth. des I. Sen. vom 26. Januar 1888 (23/88).

47. Wenn dem mit der Zwangsvollstreckung beauftragten Gerichtsvollzieher die beizutreibende Schuld freiwillig gezahlt wird, so hat derselbe hierüber ein dem § 692 C. P. O. entsprechendes Protokoll aufzunehmen und ist dieses Protokoll eine öffentliche Beurkundung im Sinne des § 348 Abs. 1. Urth. des II. Sen. v. 14. Februar 1888 (259/88).

48. § 348 Ziff. 1.

In den von Gerichtsvollziehern über Zwangsvollstreckungen zu errichtenden Protokollen sind alle diejenigen Punkte als rechtserheblich zu betrachten, welche nach gesetzlicher Vorschrift oder nach Vorschrift einer auf Grund des Gesetzes erlassenen Instruktion in die Protokolle aufgenommen werden müssen. Urth des IV. Sen v. 10. Februar 1888 (118/88).

49. § 360 Ziff. 8.

Die Angabe eines falschen Namens einem Briefträger gegenüber, um die unter diesem Namen eingelangten Briefe zu erhalten, ist nach obiger Strafbestimmung nicht strafbar wegen mangelnder Zuständigkeit des Briefträgers. Urth. des III. Sen. v. 9. Febr. 1888 (2805/87).

50. § 367 Ziff. 10.

Diese Gesetzesbestimmung findet auf jeden rechtswidrigen Angriff Anwendung, mag derselbe von einem Einzelnen oder von Mehreren ausgegangen sein. Urth. des III. Sen. v. 19. Januar 1888 (3154/87).

II. Zur Reichsstrafprozeßordnung.

1. § 22 Ziff. 5, § 32, 377 Ziff. 1 Str. Pr. O.

Geschworene, welche als Zeugen nur vorgeschlagen, nicht schon vernommen waren, oder welche in einer früher verbundenen, zur Zeit der Hauptverhandlung getrennten Sache als Zeugen vernommen waren, können als Geschworene fungiren. Die Ausscheidung nicht inhabiler Geschworenen bei Bildung der Geschworenenbank ergiebt einen Revisionsgrund nach § 377 Ziff. 1. Urth. des IV. Sen. v. 24. Februar 1888 (338/88).

2. §§ 26, 27 Str. Pr. O.

Wenn vor der Hauptverhandlung Richter eines Gerichts in allgemeiner Bezeichnung, nicht namentlich, abgelehnt werden und die Bescheidung der Ablehnung unterbleibt, so kann das erkennende Gericht, wenn der Angeklagte auf die Ablehnung nicht zurückkommt, annehmen, es solle keiner der erkennenden Richter abgelehnt werden. Urth. des IV. Sen. v. 27. Januar 1888 (36/88).

3. §§ 51, 57 Str. Pr. O.

Zeugen, welche mit einem der Angeklagten in einer der in § 51 bezeichneten Arten verwandt sind, können in Strafsachen, bei denen ihre Angehörigen gar nicht betheiligt sind, des Zeugnisses sich nicht entschlagen, auch wenn sie mit jenen Strafsachen verbunden sind, bei welchen jene betheiligt sind. Sie sind jedoch auch dann zur Zeugnißverweigerung berechtigt, wenn die mehreren Angeklagten in den letztbezeichneten Sachen getrennt zur Aburtheilung gelangen. Urth. des II. Sen. v. 24. Januar 1888 (15/88).

4. Wenn in mehreren verbundenen Strafsachen ein Zeuge Angehöriger eines der mehreren Angeklagten ist, so kann er das Zeugniß auch denjenigen Angeklagten gegenüber verweigern, deren Angehöriger er nicht ist, und in denjenigen Strafsachen, bezüglich deren sein Angehöriger nicht angeklagt ist, es sei denn, daß zwischen den Strafthaten keinerlei Zusammenhang besteht. Urth. des IV. Sen. v. 10./13. Januar 1888 (3133/87).

5. § 56 Ziff. 3 St. Pr. O., § 109 Str. G. B.

Eine Person, welche ihre Wahlstimme einem Andern verkauft hat, kann in dem Verfahren gegen den Käufer wegen Stimmenkaufs nicht als beeideter Zeuge vernommen werden. Urth. des III. Sen. v. 9. Januar 1888 (3066/87).

6. § 56 Ziff. 3 Str. Pr. O.

Ein in der Hauptverhandlung gefaßter Beschluß, einen Zeugen nicht zu beeidigen, ist dadurch, daß derselbe als verdächtig der Theilnahme an dem Gegenstande der Untersuchung erklärt wird, genügend motivirt. Urth. des IV. Sen. v. 13. Januar 1888 (3118/87).

7. Der in einer Schlägerei Verletzte ist als Zeuge zu beeidigen, auch wenn er in derselben Schlägerei selbst strafbare Mißhandlungen verübt hat. Jedoch trifft dies nicht zu bei den Betheiligten an einer Schlägerei strafbar aus § 227 Str. G. B. Urth. des II. Sen. v. 10. Februar 1888 (175/88).

8. § 127 Str. Pr. O.

Die Festnahme einer Person ist nicht dadurch bedingt, daß dieselbe wegen derjenigen That, wegen welcher sie festgenommen wird, strafrechtlich verfolgbar ist, z. B. daß Strafmündigkeit des Verdächtigen vorliegt. Urth. des I. Sen. v. 13. Februar 1888 (3/88).

9. §§ 140, 145 Str. Pr. O.

Die Zulassung eines substituirten Rechtsanwalts für einen gerichtlich bestellten Vertheidiger gilt als neue Aufstellung eines solchen und bedarf nicht der ausdrücklichen Zustimmung des Angeklagten, wenn ihn auch dieser beanstanden kann. Urth. des I. Sen. v. 9. Februar 1888 (161/88).

10. § 156 Abs. 2 Str. Pr. O.

Ein vom Antragsberechtigten vor dem Schiedsmann abgegebener und unterzeichneter schriftlicher Strafantrag, welcher der Staatsanwaltschaft übermittelt werden soll, ist wirksam. Urth. des I. Sen. v. 30. Januar 1888 (3261/87).

11. Ein durch einen Dritten im mündlichen Auftrag des Antragstellers oder in Folge unzweideutiger, den Auftrag enthaltender Zeichen unterkreuzter, protokollirter Strafantrag, dem

der Name des Antragstellers beigefügt ist, ist wirksam. Urth. des II. Sen. v. 3. Febr. 1888 (140/88).

12. §§ 222, 250 Str. Pr. O.

Es ist zulässig, von zwei an einem Orte wohnenden Zeugen den einen persönlich zu laden, den andern wegen großer Entfernung vom Gerichtssitz zum Zwecke der Verlesung der Aussage kommissarisch vernehmen zu lassen. Urth. des IV. Sen. v. 24. Januar 1888 (3235/87).

13. § 243 Str. Pr. O.

Die Ablehnung der Abhör von Zeugen ist gerechtfertigt, wenn das Gericht festzustellen vermag, daß es dem Zeugen, auch wenn derselbe das Beweisthema bestätigen würde, doch wegen eines nahen persönlichen Verhältnisses den Glauben völlig versagen würde. Urth. des II. Sen. v. 3. Febr. 1888 (139/88).

14. § 244 Str. Pr. O.

Es bedarf bei Verzicht der Prozeßbetheiligten auf Erhebung von Beweismitteln keiner speziellen Bezeichnung derselben, sondern können alle noch nicht erhobenen, herbeigeschaffte Beweismittel unerhoben bleiben, wenn die Prozeßbetheiligten erklären, sie seien mit der Abstandnahme von weiterer Beweisaufnahme einverstanden. Urth. des IV. Sen. v. 31. Januar 1888 (173/88).

15. In der Ueberreichung eines Schriftstückes an den Gerichtshof in einer Hauptverhandlung liegt an sich noch keine Herbeischaffung des Schriftstücks als Beweismittel, sondern es muß damit eine bestimmte Aeußerung verbunden sein, wonach dasselbe als Beweismittel in Anspruch genommen wird. Urth. des II. Sen. v. 24. Febr. 1888 (344/88).

16. § 248 Str. Pr. O.

Die Mitgabe von Uebersichten, Zusammenstellungen, Plänen, Handzeichnungen und anderen Hülfsmitteln zu besserem Verständniß des Beweismaterials an die Geschworenen und die Benützung dieser Hülfsmittel bei der Berathung ist gesetzlich zulässig. Urth. des I. Sen. v. 30. Januar 1888 (72/88).

17. §§ 248, 249 Str. Pr. O.

Schriftstücke, welche den Beweis der in denselben enthaltenen Willenserklärungen liefern sollen, nicht aber Wahrnehmungen des Schreibenden bekunden, können verlesen werden. Urth. des IV. Sen. v. 10./13. Januar 1888 (3134/87).

18. § 249 Str. Pr. O.

Es ist zulässig, daß ein Zeuge Notizen, welche er sich durch einen Andern hatte schreiben lassen, bei seiner Vernehmung verliest. Urth. des III. Sen. v. 5. Januar 1888 (3127/87).

19. § 263 Str. Pr. O.

Wenn das Hauptverfahren wegen eines Antragsdelikts eröffnet worden war, und der Antrag bei Eröffnung der Hauptverhandlung wirksam zurückgenommen wird, muß auf Verlangen des Staatsanwalts wegen der Möglichkeit anderweiter Beurtheilung der That dennoch verhandelt werden. Urth. des I. Sen. v. 12. Januar 1888 (3199/87).

20. § 273 Abs. 3 Str. Pr. O.

Weder der Staatsanwalt noch der Angeklagte haben ein prozessuales Recht darauf, daß der Wortlaut von Aeußerungen in der Hauptverhandlung besonders festgestellt werde. Diese Feststellung unterliegt lediglich dem Ermessen des Vorsitzenden und des Gerichts. Urth. des II. Sen. v. 17. Februar 1888 (280/88).

21. §§ 292, 293, 297, 309 Str. Pr. O.

Im Falle der Idealkonkurrenz mehrerer Strafthaten soll die Frage wegen mildernder Umstände nur einmal gestellt werden. Ist die Frage mehrfach gestellt, so würde eine verschiedenartige Beantwortung einen Widerspruch bilden, der durch das Berichtigungsverfahren zu beseitigen ist. Die schwerste Strafe ist nach der angedrohten ordentlichen Strafe, ohne Rücksicht auf mildernde Umstände zu bemessen. Urth. des IV. Sen. v. 17. Februar 1888 (249/88).

22. § 376 Str. Pr. O., § 61 Str. G. B.

Das Revisionsgericht prüft selbständig, ob ein Strafantrag erforderlich ist und kann diese Frage bejahen oder verneinen, indem es auf die festgestellten Thatsachen eine andere Strafnorm anwendbar findet, als das Instanzgericht; und prüft sodann ob der Strafantrag gestellt ist oder nicht. Urth. des III. Strafsen. v. 23. Februar 1888 (3217/87).

23. § 377 Ziff. 8 Str. Pr. O.

Die Ablehnung eines Beweisantrages deshalb, weil derselbe nach Ansicht des Gerichts nur zur Verschleppung der Sache, nicht im Ernst gestellt sei, ist nur unter besonderen, die Annahme rechtfertigenden Umständen zulässig. Urth. des IV. Sen. v. 14. Februar 1888 (3251/87).

24. § 381 Str. Pr. O.

Telegramme, durch welche die Revision angemeldet worden, müssen die Unterschrift des Beschwerdeführers enthalten oder sonst erkennen lassen, daß sie von demselben ausgehen. Die Behauptung des Beschwerdeführers, die Depesche aufgegeben zu haben, beseitigt den Mangel nicht. Beschl. des IV. Sen. v. 21. Februar 1888 (639/88).

25. § 385 Abs. 2 Str. Pr. O.

Eine der Unterschrift des Angeklagten unter den Revisionsanträgen beigefügte Beglaubigungsformel mit der Unterschrift eines Rechtsanwalts entspricht nicht den Formvorschriften des Gesetzes. Urth. des IV. Sen. v. 14. Februar 1888 (148/88).

26. § 397 Str. Pr. O.

Der Erfolg einer Revision kann auf Mitangeklagte, welche keine Revision ergriffen hatten, nur dann ausgedehnt werden, wenn nicht gänzlich getrennte Straffälle in Rede stehen, wobei auch kein Theilnahmeverhältniß festgestellt ist, welches einen sachlichen Zusammenhang der verschiedenen Straffälle erkennen läßt. Urth. des II. Sen. v. 27. Januar 1888 (2996/87).

27. § 438 Abs. I Str. Pr. O.

Der Umstand, daß das Instanzgericht die Hauptverhandlung drei Tage ausgesetzt hat, um zur besseren Beurtheilung des Verlangens einer Buße durch den als Nebenkläger zugelassenen Beschädigten einen Sachverständigen zu hören, kann nicht zur Begründung einer Revision benutzt werden. Urth. des III. Sen. v. 20. Februar 1888 (3096/87).

28. §§ 459, 462 Str. Pr. O.

Der Umstand, daß in einem Strafbescheid Beweismittel nicht angegeben sind, rechtfertigt nicht, daß das Gericht, dessen Entscheidung verlangt ist, das Verfahren einstellt. Vielmehr können bis zur und in der Hauptverhandlung die Prozeßbetheiligten Beweismittel benennen und auch das Gericht kann von Amtswegen Erhebungen anordnen. Jedenfalls muß aber ein definitives Urtheil ergehen. Urth. des III. Sen. v. 23. Februar 1888 (160/88).

III. Zu verschiedenen Gesetzen strafprozessualen und strafrechtlichen Inhalts.

1. § 21 Ger. Verf. Ges.

Die „persönliche Immunität", welche auswärtigen, im Deutschen Reiche bestellten Konsuln durch Staatsverträge eingeräumt ist, schließt nur die Verhaftung aus, nicht aber strafrechtliche Verfolgung und auch erstere nur, so lange die Bestellung besteht, wenn auch die verfolgte That zur Zeit der Bestellung begangen wurde. Urth. des II. Sen. v. 27. Januar 1888 (44/88).

2. § 210 Ziff. 1 Konk. O.

Einzelne Ausgaben des Gemeinschuldners, welche in Mißverhältniß zu seiner Vermögenslage stehen, können als Aufwand übermäßiger Summen betrachtet werden, gleichviel in welchem Verhältniß dieselben zur Gesammtheit der Ausgaben standen und ob ein Causalzusammenhang derselben mit dem Vermögensverfall besteht. Urth. des II. Sen. v. 6. März 1888 (368/88).

3. § 210 Konk. O. §§ 271, 275 Handelsges. B.

Wer gewerbsmäßig Waldgrundstücke kauft, um das darauf stehende Holz abzuschlagen und zu veräußern, ist nicht Kaufmann im Sinne des Gesetzes. Urth. des II. Sen. v. 24. Februar 1888 (26/88).

4. § 24 R. Ges. v. 10. Juni 1869, betr. die Wechselstempelsteuer.

Es ist nicht erforderlich, daß eine Anweisung ausdrücklich als Check bezeichnet ist, um die gesetzliche Stempelfreiheit in Anspruch nehmen zu können, es genügt, wenn irgend ein Anhaltspunkt den Check als solchen thatsächlich erkennen läßt. Urth. des I. Sen. v. 6. Februar 1888 (2343/87).

5. §§ 135, 166 Vereinszollges. v. 1. Juli 1869.

Wenn der Werth der zu konfiscirenden Waaren statt der Konfiskation von dem wegen Zolldefraudation Verurtheilten zu ersetzen ist, muß dieser Werth weder nach dem Einkaufsnoch nach dem Verkaufswerthe festgestellt, sondern er muß nach den thatsächlichen Umständen des Falls bemessen werden. Die so erfolgte Feststellung kann durch Revision nicht angegriffen werden. Urth. des III. Strafsen. v. 2. Januar 1888 (2777/87).

6. §§ 146, 155, 156 Vereinszollges. v. 1. Juli 1869.

Anführer bei einer von drei oder mehreren Personen gemeinschaftlich ausgeführten Kontrebande ist ein Anstifter nur dann, wenn er die Ausführung der That persönlich geleitet hat. Sind die geschmuggelten Waaren mit Beschlag belegt, werden aber aus dem Verwahrungsort gestohlen, so kann nicht mehr auf den Ersatz des Werthes erkannt werden. Urth. des II. Sen. v. 3. Januar 1888 (2981/87).

7. § 162 Vereinszollges. v. 1. Juli 1869, § 28 Str. G. B.

Die Umwandlung von Geld- in Freiheitsstrafen hat bei Zolldefraudationen gemäß § 28 zu erfolgen, nicht in der Art, daß, wenn das Maximum der Freiheitsstrafe, halbjähriges Gefängniß, überschritten würde, arithmetisch zu berechnen wäre, wie viel von der Geldstrafe auf einen Tag kommt. Wird dagegen ein Theil der Geldstrafe gezahlt, so ist die Freiheitsstrafe von einem halben Jahr in gleichem Verhältniß der gezahlten Strafe zum ganzen Betrag zu reduziren. Urth. des III. Sen. v. 2. Januar 1888 (2777/87).

8. §§ 18, 19 R. Ges. v. 11. Juni 1870, betr. das Urheberrecht an Schriftwerken u. s. w.

Wenn der Verletzte Erkennung von Buße beantragt, so muß auf Buße erkannt werden, wenn nicht ein durch das Gesetz begründetes Hinderniß im Wege steht. Hierzu gehört die Schwierigkeit, den Schaden richtig zu schätzen, nicht. Urth. des II. Sen. v. 9. März 1888 (477/88).

9. § 3 Abs. 2 R. Ges. v. 30. November 1874 über den Markenschutz.

Waarenzeichen, welche öffentliche Wappen enthalten, sind nur dann von der Eintragung in die Schutzregister ausgeschlossen, wenn diese Wappen deutsche sind. Urth. des III. Sen. v. 19. Januar 1888 (2965/87).

10. § 10 R. Ges. v. 14. Mai 1879, den Verkehr mit Nahrungsmitteln 2c. betreffend.

Butter, bei deren Herstellung eine das normale Maß übersteigende Masse Wasser in der Butter belassen oder derselben zugesetzt wurde, ist als verfälscht zu betrachten. Urth. des IV. Sen. v. 24./31. Januar 1888 (3231/87).

11. § 12 Ziff. 1. R. Ges. v. 14. Mai 1879, betr. den Verkehr mit Nahrungsmitteln u. s. w.

Als Vollendung des Feilhaltens oder Inverkehrbeingens kann es zwar angesehen werden, wenn verdorbenes Fleisch oder Fische zubereitet auf Speisekarten gesetzt oder zum Genusse vorgesetzt wurden; jedoch ist die Frage der Vollendung in jedem einzelnen Falle thatsächlich zu prüfen. Das Hinschaffen solcher Waaren an die Verbrauchsstätte und die Aufbewahrung, um sie zuzubereiten und für Gäste zu verwenden, ist Anfang der Ausführung. Urth. des II. Sen. v. 17. Febr. 1888 (307/88).

12. § 3 R. Ges. v. 17. Juli 1881 betr. Zuwiderhandlungen gegen die österr.-ungar. Zollgesetze.

Zuwiderhandlungen gegen die österreichisch-ungarischen Zollgesetze sind nur strafbar, wenn sie vorsätzlich begangen werden. Die Vermuthungen der §§ 136, 137 Vereinszollgesetze finden darauf keine Anwendung. Urth. des IV. Sen. v. 3. Januar 1888 (2924/87).

13. §§ 8, 9 R. Ges. v. 9. Juni 1884 betr. den verbrecherischen und gemeingefährlichen Gebrauch von Sprengstoffen.

Wenn der Besitz von Dynamitpatronen den Zweck hat, zu unberechtigtem Fischen zu dienen, ist dies kein unerlaubter Zweck im Sinne des Gesetzes. Urth. des III. Sen. v. 2. Januar 1888 (2940/87).

14. § 40 R. Ges. v. 24. Juni 1887 betr. die Besteuerung des Branntweins.

Auf Einziehung der gemißbrauchten Gefäße kann neben Freisprechung eines Angeklagten im objektiven Verfahren erkannt werden, es dürfen jedoch dem Freigesprochenen, auch wenn er zugleich Einziehungsinteressent ist, die Kosten nicht überbürdet werden. Urth. des II. Sen. v. 10. Febr. 1888 (216/88).

15. Franz. Ges. v. 25. März 1825 Art. 8.

Die vorstehende Strafbestimmung ist in Elsaß-Lothringen durch die deutsche Strafgesetzgebung beseitigt. Urth. des I. Sen. v. 17. November 1887 (2436/87) und 20. Februar 1888 (122/88).

16. §§ 35, 50, 71 Preuß. Ges. v. 23. Juli 1847 über die Verhältnisse der Juden.

Beamte von Privatsynagogen bedürfen, wenn sie Ausländer sind, ebenso wie die der Synagogengemeinden zu ihrer Anstellung

der obrigkeitlichen Genehmigung. Urth. des IV. Sen. v. 7. Februar 1888 (59/88).

17. Art. VI franz. Preßges. v. 27. Juli 1849.

Nach dieser, in Elsaß-Lothringen noch gültigen Bestimmung ist Jeder strafbar, der Schriften vertheilt, ohne im Voraus einen polizeilichen Erlaubnißschein erlangt zu haben und denselben zur Zeit der That zu besitzen. Es begründet keinen Unterschied, wenn die Polizeibehörde eine Erlaubniß für überflüssig erklärt. Urth. des I. Sen. v. 16. Februar 1888 (202/88).

Zwangsvollstreckung und Widerstand.

C. P. O. § 671. St. G. B. § 113.

Das Reichsgericht — I. Straffenat — hat durch Urtheil vom 24. Oktober 1887 (Rechtsprechung IX. 519) die Revision eines wegen Widerstandes gegen die Staatsgewalt verurtheilten Angeklagten als unbegründet verworfen, welche auf die Thatsache gegründet worden war, daß, entgegen der Vorschrift des § 671 C. P. O. dem Angeklagten weder vor, noch bei der Zwangsvollstreckung das Urtheil, um dessen Vollstreckung es sich handelte, zugestellt worden sei, in Folge dessen der Gerichtsvollzieher nicht in rechtmäßiger Ausübung seines Amtes sich befunden habe, und zwar aus dem Grunde, weil festgestelltermaßen die Zustellung des — vorläufig vollstreckbar erklärten — Urtheils an den Prozeßbevollmächtigten stattgefunden habe, durch solche aber dem Erfordernisse des § 671 C. P. O. im Hinblicke auf § 162 Genüge geleistet sei.

Ist diese Entscheidung richtig — und ihre Richtigkeit soll *hier* nicht bekämpft werden — so wird durch dieselbe unzweifelhaft ein wunder Punkt des geltenden Systems der Einleitung der Zwangsvollstreckung aufgedeckt.

Es herrscht ja unter vielen Praktikern ohnehin schon die Ansicht, daß unsere Civilprozeßordnung in dem an sich berechtigten Streben nach stracker Exekution etwas zu weit gegangen sei.

War es nämlich schon nicht ganz unbedenklich, abweichend nicht nur vom gemeinen Prozeßrechte, sondern auch von den Vorschriften der Mehrzahl der neueren Prozeßgesetzgebungen von einem jedem der Vollstreckung vorhergehenden, selbst an noch so kurze Frist gebundenen Erfüllungsgebote gänzlich abzusehen, so mußte man doch *zum Mindesten erfordern*, daß der verurtheilte Beklagte — Schuldner — jedenfalls im letzten Momente vor wirklichem Beginn der Zwangsvollstreckung offizielle Kenntniß von der Thatsache der Verurtheilung, authentischen Beweis des gegen ihn erlassenen Urtheils erhalte, was selbstverständlich nur durch Zustellung einer Ausfertigung dieses Schuldtitels, gleichviel ob in einfacher oder vollstreckbaren Form, geschehen kann.

Liest man unbefangen den § 671 C. P. O., so wird man wohl die Ansicht gewinnen müssen, daß das Gesetz diesem Erfordernisse thatsächlich auch Rechnung getragen hat, obgleich die Worte „an den Schuldner" (Exequendus) in Absatz I nicht expressim enthalten, vielmehr zu subintelligiren sind, welche Auslegung schon der Wortlaut der zweiten Alternative („oder *gleichzeitig* zugestellt wird") erheischt, da eine „gleichzeitige" Zustellung an eine *dritte*, d. h. bei der Vollstreckung nicht anwesende Person unmöglich ist.

Daß der Gesetzgeber auch diese Willensmeinung gehabt haben muß, lassen die Motive unschwer erkennen.

Zu der Begründung des Entwurfes zu § 620 (jetzt § 671) heißt es nämlich wörtlich:

> „Die Zustellung des zu vollstreckenden Urtheils (oder sonstigen Schuldtitels) vor der Zwangsvollstreckung vermittelt die *Kenntniß des Schuldners* von demselben.
>
> *Zugleich* wird damit in gewissem Maße ein vor der Zwangsvollstreckung zu erlassendes *Vollziehungs- oder Befriedigungsgebot ersetzt.*"

Es wird dann weiter gesagt, daß der Schuldner an der Zustellung der *Vollstreckungsklausel* in der Regel kein Interesse haben könne, daß jedoch in den Fällen der §§ 614, 615 (jetzt §§ 664, 665) die Sachlage eine andere sei, weil die Zustellung eines bedingten oder unter anderen Parteien ergangenen Urtheils „*keinerlei präsente Mahnung des Schuldners enthalte*".

Zugleich bemerken die Motive noch: „die Mittheilung der zum Nachweise vorgelegten Urkunden soll ihn (den Schuldner) in den Stand setzen, die *Rechtmäßigkeit* der Ertheilung der Vollstreckungsklausel oder *des Beginnes der Zwangsvollstreckung sofort zu prüfen.*

s. Hahn, Materialien zur C. P. O. I. 439.

In demselben Sinne, ja fast noch deutlicher hatte sich auch die Begründung zu § 593 des Entwurfs von 1871 (S. 441) ausgesprochen, welcher das gleiche Erforderniß der vorgängigen oder gleichzeitigen Zustellung enthielt.

Ja die Nichtaufnahme des Institutes des sogenannten Befriedigungsgebotes wurde ferner noch *ausdrücklich* unter *Bezugnahme* auf § 620 (jetzt § 671) gerechtfertigt mit Worten: „es genüge, daß nur überhaupt der *Schuldner* von dem vollstreckbaren Titel *vor* dem Beginn der Zwangsvollstreckung *Kenntniß* erhalten haben *müsse*.

s. Hahn a. a. O. S. 423.

Nach diesem Wortlaute der Motive dürfte es wohl kaum einem gegründeten Zweifel unterliegen, daß die Verfasser des Gesetzentwurfs zunächst nur von einer Zustellung des Urtheils an den *Verurtheilten* (*Schuldner*) selbst ausgegangen sind unter dem selbstverständigen Vorbehalt der sogenannten Ersatzzustellung, im Falle der Nichtanwesenheit des Schuldners §§ 166 ff.

Es ist demzufolge sehr in Frage, ob die gesetzgebenden Faktoren bei Schaffung des § 671 an eine Zustellung im Sinne von §§ 162, 163 gedacht haben konnten, nachdem bei den Kommissionsberathungen etwas Gegentheiliges nicht in Anregung gebracht worden ist, der § 620 des Entwurfs vielmehr unveränderte Annahme gefunden hat.

Der ersichtliche Zweck des gesetzlichen Gebotes, dem Verurtheilten die authentische Kenntniß von dem zu vollstreckenden Urtheile und die Möglichkeit einer Prüfung der gesetzlichen Statthaftigkeit der Vollstreckung zu gewähren, wird entschieden nicht erreicht durch die als genügend erklärte Thatsache einer an den Prozeßbevollmächtigten erfolgten Zustellung, von welcher der Schuldner möglicher Weise eine Kenntniß gar nicht hat, unter Umständen auch gar nicht haben *kann*, z. B. wenn der Prozeß außerhalb seines Wohnsitzes geführt worden, oder die Voll-

streckung unmittelbar und sofort an die Zustellung des Urtheils an den Prozeßbevollmächtigten sich anreiht.

Daß in solchen Fällen einer Ueberraschung, um nicht zu sagen Ueberrumpelung des verurtheilten Beklagten mit der Zwangsvollstreckung aus einem ihm völlig unbekannten Schuldtitel die Gefahr eines zu leistenden Widerstandes leicht heraufbeschworen wird, muß einleuchten.

Man kann wohl auch trotz der §§ 77, 162, 163 C. P. O. nicht einwenden, der Verurtheilte sei hierbei durch seinen Prozeßbevollmächtigten vertreten; denn auf den Akt der Zwangsvollstreckung selbst erstreckt sich die Prozeßvollmacht und die Vertretung naturgemäß nicht; erst bei den Prozeßhandlungen, welche durch die erfolgte Vollstreckung veranlaßt werden und bei neuem Vorbringen des Verurtheilten in der Zwangsvollstreckungsinstanz (Einwendungen, Widerspruch) tritt die Prozeßvollmacht wieder in Wirksamkeit.

Es wäre nach all' dem sehr wünschenswerth, wenn Doktrin und Rechtsprechung über die Auslegung des § 671 im Sinne nothwendiger Zustellung an den Verurtheilten selbst (Schuldner) sich einigen könnten; sollte dieselbe jedoch in der That gegenüber §§ 77 und 162, 163 nicht möglich sein (siehe z. B. Wilmowski-Levy, Anm. 3 zu § 671, Bd. II S. 848 Aufl. 4) so wird man nothwendiger Weise bei künftiger Revision des Gesetzes diesen Punkt in neue ernstliche Erwägung ziehen müssen, wenn vielleicht auch nur mit dem Erfolge einer Zusatzbestimmung für den Fall, daß im Momente des Beginns der Zwangsvollstreckung zwar eine Zustellung des Urtheils an den Prozeßbevollmächtigten des Schuldners, nicht aber an den letzteren selbst bereits stattgefunden hat.

Auch die Motive zu §§ 155 und 156 Entwurfs, jetzt §§ 162 und 163 (Hahn a. a. O. I. 228) beseitigen die angeregten Bedenken, den empfundenen Mangel nicht; denn dieselben belassen die oben bezeichneten Fälle von mangelnder Kenntniß des Urtheils auf Seiten des Exequendus unberührt, lassen aber auch gleichzeitig ersehen, in welcher Weise andere Prozeßgesetzgebungen einer Möglichkeit der besprochenen Inconvienz durch ihre Vorschriften über das Erforderniß der Zustellung der Endurtheile an die Partei selbst vorgebeugt haben.

K.

Miscelle.

Am 24. März wurde in Aachen das neue, schöne Justizgebäude von der Bauverwaltung an die durch die Herren Landgerichtspräsidenten Oppenhoff und den ersten Herrn Staatsanwalt Rabe vertretene Justizbehörde übergeben. Zu derselben waren die Land-, Amts- und Handelsrichter, die Mitglieder der Staatsanwaltschaft, Rechtsanwälte, Referendare und Büreaubeamte eingeladen worden. Unter Vorantritt der Baubeamten wurden die sämmtlichen Räume, insbesondere die schön ausgeschmückten Sitzungssäle besichtigt und dann versammelten sich die Erschienenen im Schwurgerichtssaale, wo Herr Landgerichtspräsident Oppenhoff eine Ansprache hielt. In derselben wurde unter anderem hervorgehoben, daß von nun an beide Gerichte der Stadt in einem Gebäude tagen würden, und daß hiermit alle die Unzuträglichkeiten hinwegfielen, die daher rühreten, daß bisher an zwei von einander entlegenen Stellen der Stadt Recht gesprochen worden sei. Es würde namentlich „die hochverdienstliche, mühevolle Berufsthätigkeit der Herren Rechtsanwälte eine wesentliche Erleichterung erfahren".

Für die Redaktion verantw.: S. Haenle. Verlag: W. Moeser Hofbuchhandlung. Druck: W. Moeser Hofbuchdruckerei in Berlin.

№ 18 und 19. Berlin, 16. April. 1888.

Juristische Wochenschrift.

Herausgegeben von

S. Haenle, Justizrath, Rechtsanwalt in Ansbach. und **M. Kempner,** Rechtsanwalt beim Landgericht I. in Berlin.

Organ des deutschen Anwalt-Vereins.

Preis für den Jahrgang 20 Mark. — Inserate die Zeile 40 Pfg. — Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt.

Inhalt.

Aufsätze für die Juristische Wochenschrift, welche acht Spalten überschreiten, können nur ausnahmsweise angenommen werden. Aufsätze, welche sich auf Angelegenheiten des Anwaltstandes und die Reichsjustizgesetze beziehen, erhalten den Vorzug.

Die Redaktion.

Hülfskasse für deutsche Rechtsanwälte.

Die mit der Zahlung des Jahresbeitrags im Rückstande befindlichen Herren Mitglieder werden gebeten, die Zahlung an die Herren Vertrauensmänner zu bewirken. Am 1. Mai 1888 müssen satzungsgemäß die rückständigen Beiträge durch Postvorschuß erhoben werden.

Leipzig, 15. April 1888.

Der Schatzmeister.
Dr. **Seelig.**

Der Entwurf eines Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches.

Bericht, erstattet im Auftrage des Vorstandes des Deutschen Anwaltvereins von Max Guttmann, Rechtsanwalt in Wiesbaden.*)

II. Allgemeiner Theil (Schluß).

Geschäftsfähigkeit.

Geschäftsunfähig sind Kinder, Unzurechnungsfähige und — auch in lichten Augenblicken — entmündigte Geisteskranke. Sie alle können ebenso wenig Rechtsgeschäfte vornehmen wie adressirte Willenserklärungen, z. B. einen Vertragsantrag, empfangen.

*) Nachdruck verboten.

Beschränkt geschäftsfähig — unselbständig — sind Minderjährige, entmündigte Verschwender (auch für Geschäfte des Familienrechts), schutzbedürftige Taube, Stumme und Blinde und diejenigen, die der Vormundschaftsrichter während des Entmündigungsverfahrens unter vorläufige Vormundschaft stellt (§ 1737). Kommt es im letzteren Falle nicht zur Entmündigung, so werden dadurch die Handlungen des Vormunds in ihrer Kraft nicht beeinträchtigt und die des vorläufigen Mündels, soweit sie die Grenzen der beschränkten Geschäftsfähigkeit überschreiten, nicht wirksam. Deshalb wird § 613 Absatz 2, Satz 1 C. P. O. seine praktische Bedeutung nur dann behalten, wenn von einer vorläufigen Vormundschaft abgesehen ist. Der Beweis, daß der vorläufige Mündel bei einem bestimmten Geschäft unzurechnungsfähig war, ist selbstverständlich zuläßig.

Unselbständige sind zu Geschäften fähig, durch welche sie lediglich Rechte erwerben oder von Verbindlichkeiten befreit werden; sie können z. B. als Schuldner einen Erlaßvertrag schließen, Besitz erwerben (§ 800), aber nicht den Besitzwillen aufgeben. Rechtsgeschäfte andrer Art bedürfen, sofern sie einseitig sind, wie z. B. die Auslobung, zuvoriger Einwilligung, sofern es Verträge sind, wenigstens der späteren Genehmigung des gesetzlichen Vertreters. Bis dieser oder nach Erwerb der Geschäftsfähigkeit der Vertretene selbst sich entscheidet, hinkt der Vertrag; der Gegner ist daran gebunden. Er wird jedoch frei, wenn auf seine Aufforderung nicht binnen 14 Tagen die Genehmigung erklärt wird. Vertragsanträge an Unselbständige sind wirksam, so daß der Vertreter dieselben annehmen kann. Adressirte Willenserklärungen kann ein beschränkt Geschäftsfähiger nur dann in Empfang nehmen, wenn er dadurch lediglich Rechte erwirbt oder von Verbindlichkeiten befreit wird. Die Ausübung des Verkaufsrechts kann also nur dem gesetzlichen Vertreter, die Abstandnahme davon auch dem Minderjährigen erklärt werden.

Wie sich in einzelnen Richtungen die Geschäftsfähigkeit der Unselbständigen erweitert, ist bereits erwähnt. Die Ausnahme verallgemeinert sich im Ehe- und Elternrecht, soweit rein persönliche Beziehungen in Frage kommen. Unselbständige haben Prozeßfähigkeit für Ehesachen (§§ 1254 u. a.), sie können nur persönlich, und, ohne daß der gesetzliche Vertreter einzuwilligen braucht, die Ehelichkeit eines Kindes anfechten (§ 1474), ein Rechtsgeschäft billigen, durch das sich

die Ehefrau zu einer in Person zu bewirkenden Leistung verpflichtet (§ 1277) u. s. w. — Der gesetzliche Vertreter kann ihnen ferner solche Vermögensstücke zu freier Verfügung überlassen, zu deren Veräußerung er nicht, wie z. B. bei Grundstücken und Erbschaften, die Zustimmung des Vormundschaftsgerichts einholen muß (§§ 1512, 1677). Erfüllt nun der Unselbständige einen von ihm geschlossenen Vertrag aus frei verfügbaren Gegenständen, so gilt derselbe als von Anfang an wirksam. Seinen einseitigen Rechtsgeschäften, z. B. einer Auslobung, kommt diese Vorschrift nicht zu statten. Ueber das Taschengeld wird also der Minderjährige ungefähr dieselbe Gewalt haben, wie das römische Hauskind über das peculium profecticium. Aber der Vater wird nicht für die Verpflichtungen des Minderjährigen in Höhe des versprochenen oder zurückgenommenen Taschengeldes haften, soweit nicht etwa ein Verschulden vorliegt. — Erlaubt weiterhin der gesetzliche Vertreter auch nur einmal dem Unselbständigen in Dienst oder Arbeit zu treten, so kann dieser im Zweifel und bis auf Widerruf neue Verhältnisse derart eingehen, dieselben regeln und aufheben. — Endlich zeitigt die Erlaubniß zum Betrieb eines selbständigen Erwerbsgeschäfts die Fähigkeit zu allen Geschäften, die der Betrieb mit sich bringt, und die der gesetzliche Vertreter unabhängig vom Vormundschaftsgericht abschließen könnte. Der Minderjährige ist dann nicht an die Weisungen seines gesetzlichen Vertreters gebunden, wie es der Fall ist, wenn ihm nur die Eingehung von Dienstverträgen überlassen wird. Für den Umfang seines Geschäftsbetriebs verändert sich vielmehr sein Status, wird er sui iuris. Da nach dem Entwurf ein Statuswechsel, der sich nicht an die Abstufung des Alters anschließt, richterliche Vorprüfung erfordert, so kann auch die Erlaubniß zum selbständigen Geschäftsbetrieb nur mit Einwilligung des Vormundschaftsgerichts ertheilt und entzogen werden.

Die Sonderbestimmungen für Studirende fallen fort; ebenso die Verjährungsvorrechte und die Beweisvergünstigungen der Minderjährigen und der Gleichberechtigten, sowie die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Schranken der Geschäftsmacht.

Während das öffentliche Recht dem Unterthan seine Befugnisse einzeln zuzumessen pflegt, geht das Privatrecht von der Handlungsfreiheit des Menschen aus und verzeichnet nur ihre Beschränkungen.

Die allgemeinste Ausnahme ist die Nichtigkeit von Verträgen, deren Inhalt gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstößt. Unter die letztere Vorschrift, die dem code civil entlehnt ist, fallen z. B. die Verträge gegen die Gewerbefreiheit. Ob ein Geschäft der angegebenen Art vorliegt, ist nach seinem Gesammtinhalt zu beurtheilen; auf die Rechtsform, welche das unzuläßige Vertragselement annimmt, kommt es nicht an. Die unsittliche Hingabe einer Frau mag als Leistung versprochen sein oder als Grund derselben, als Bedingung, Auflage u. s. w. erscheinen; stets soll der betreffende Handel nichtig sein. Von besonderen Bestimmungen über unerlaubte Bedingungen konnte der Entwurf demgemäß absehen. Wird durch die Bedingung das ganze Geschäft unerlaubt, so gilt es nichts, — und diese Regel wird auch auf Verfügungen von Todeswegen ausgedehnt.

Außerdem ist aus verschiedenen Erwägungen die Vornahme mancher Geschäfte verboten, die nicht eine Mißachtung der Sittlichkeit oder öffentlicher Ordnung enthalten. So Verträge über die Erbschaft eines lebenden Dritten (§ 349), das Versprechen, jemanden das Ganze oder einen Bruchtheil des künftigen Vermögens zu Eigenthum oder Nießbrauch zu übertragen (§ 350), die Befreiung des Erbschaftskäufers (§ 497) oder des Uebernehmers eines ganzen gegenwärtigen Vermögens (§ 319) von den darauf haftenden Schulden, die Vorausabrede von Zinseszinsen (§ 358) und der lex commissoria beim Pfandrecht (§§ 1077, 1167), das Versprechen, letztwillige Verfügungen zu errichten, zu unterlassen, zu erhalten oder aufzuheben (§ 1754) u. s. w. Ein verbotswidriges Geschäft dieser Art ist nur im Zweifel nichtig. Im Ergebniß entscheidet also die Auslegung über die Folgen des Verbots, insbesondere auch darüber, ob das Geschäft, das zum Vollzuge der nichtigen Verpflichtung dient, z. B. die wirkliche Errichtung des versprochenen Testaments, von der Nichtigkeit mitergriffen wird oder zu Recht besteht.

Nach diesen Regeln sind Uebertretungen eines Veräußerungsverbotes, bei dem ein öffentliches Interesse betheiligt ist, vollkommen nichtig; z. B. der gesetzwidrige Verkauf von Sprengstoffen. Soll dagegen das Veräußerungsverbot nur die Interessen bestimmter Personen schützen, so sind widersprechende Rechtsgeschäfte oder Vollstreckungshandlungen nur dem Geschützten gegenüber unwirksam: das Verbot beruhe auf Gesetz, Richterspruch oder einer Privatverfügung, die Dritte bindet. Die Genehmigung seitens des Geschützten bringt infolgedessen die verletzende Rechtshandlung zu Kräften. Ein derartiges Verbot verliert gegenüber den Konkursgläubigeen des Betroffenen seine Macht. Es hindert ferner zwar nicht die Pfändung, wohl aber die Zwangsversteigerung der fraglichen Sache oder Forderung zugunsten persönlicher Gläubiger oder auf Grund von dinglichen Rechten, deren Entstehung nicht dem Verbot voraufgeht. Erwirbt also der Käufer einer Sache gegen den Verkäufer, der sie nicht überliefern, sondern zu besserem Preise weiterverkaufen will, ein Veräußerungsverbot, so kann sie von einem Dritten wegen Geldschuld zwar noch gepfändet werden — unbeschadet der Rechte des Käufers —; allein der Versteigerung erwehrt sich der Käufer, wenn dieselbe nicht ein vor dem Verbot begründetes Pfandrecht verwirklichen soll, nach § 690 C. P. O. Kommt es dennoch zur Veräußerung, so erwirbt der gutgläubige Ersteher Eigenthum, der unredliche scheitert an der einstweiligen Verfügung. Andrerseits kann der Konkursverwalter nach Belieben mit der Sache schalten.

Abschluß der Willenserklärung.

Die Erklärung, die einem Anwesenden oder vor einer Behörde abgegeben wird, ist naturgemäß sofort wirksam. So der Vertragsantrag unter Gegenwärtigen, der deshalb erlischt, wenn er nicht sofort angenommen wird. Bei Erklärungen unter Abwesenden ist zu scheiden, ob sie adressirt oder adressenlos sind.

Ueber die Perfektion einseitiger adressenloser Geschäfte kann sich ein Zweifel nicht leicht erheben, weil dieselben fast durchweg einer Formvorschrift unterstellt sind; z. B. die letztwillige Verfügung. Mit der Form ist dann das Rechtsgeschäft vollzogen. Andere adressenlose Erklärungen sind gegenüber einer Behörde abzugeben, wie der Verzicht auf das Erbbaurecht; sie werden

wirksam wie adressirte Erklärungen. Manche Geschäfte sind endlich mit der bloßen Herstellung eines formlosen und noch Niemandem kund gewordenen Thatbestandes fertig; so die stillschweigende Annahme eines Vertragsantrags (§ 86), der Erbschaftsantritt, — der auch stillschweigend erfolgen kann (§ 2029), die Anerkennung der Ehelichkeit eines Kindes durch den Vater (§ 1472), — die zwar ausdrücklich, aber nicht gegenüber dem Kinde oder sonst Jemandem geschehen muß, also z. B. durch Eintrag in ein geheimes Tagebuch bewirkt werden kann.

Wird eine einseitige adressirte Erklärung — die Kündigung, die Abstandnahme vom Vorkaufsrecht, der Vertragsantrag — einem Abwesenden ausdrücklich abgegeben, so wird sie wirksam, sobald sie ihm zukommt. Es kommt also darauf an, wann ihm der betreffende Brief gebracht wird, nicht wann er ihn öffnet. Dagegen bedarf eine stillschweigende Erklärung zu ihrer Perfektion wirklicher Kenntnißnahme durch den Empfänger. Ist eine ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung, insbesondere der Vertragsantrag, einmal in Lauf gesetzt, so wird sie durch den Tod oder den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Urhebers nicht entkräftet; wohl aber durch den Widerruf, der spätestens zugleich mit ihr anlangt.

Ein vollständiger, ohne Weiteres annahmefähiger Vertragsantrag ist, wie nach Handelsrecht, für den Absender mangels anderweiter Bestimmungen solange bindend, bis nach dem regelmäßigen Lauf der Dinge die Antwort eingetroffen sein kann. Die verspätete Ankunft der rechtzeitig abgesendeten Antwort muß jedoch, wenn der Antragsteller befreit sein will, sofort gerügt werden. — Da der Vertrag eine gegenseitige Willenserklärung ist, ist er unter Abwesenden nicht schon dann geschlossen, wenn die ausdrückliche Annahmeerklärung behufs der Absendung abgegeben ist (H. G. B. Art. 321), sondern erst, wenn sie dem Antragsteller zukommt. Stillschweigende Annahme eines Vertragsantrags genügt nur, wenn sie dem Sinne des Antragstellers entspricht, insbesondere wenn z. B. unter Geschäftsfreunden sofortige Leistung, keine Antwort erwartet wird. Dann ist der Vertrag sofort mit der Annahme, noch bevor sie zur Kenntniß des Gegners kommt, wirksam. An den Antrag mit sofortigem Leistungsverlangen ist der Absender gebunden, bis die Leistung unter gewöhnlichen Umständen bewirkt sein kann. — Vor der Einigung über die Punkte, die nach dem Gesetz wesentlich oder nach der Meinung auch nur des einen Theils der zuvorigen Vereinbarung bedürftig sind, ist der Vertrag nicht zu Stande gekommen. Es kann sein, daß Traktate und Punktationen endgiltige Abreden, wenn auch unter Vorbehalt ihrer Vervollständigung, wiedergeben; technische Bedeutung haben solche Aufzeichnungen nicht. — Der Vorvertrag begegnet in einzelnen Anwendungen, als Versprechen der Gebrauchsleihe (§§ 550 f.), als Darlehns- (§ 458) und Pfandversprechen (§§ 681 f.); allgemeine Bestimmungen darüber fehlen, auch darüber, ob der formlose Vorvertrag zu einem formpflichtigen Geschäft verbindlich ist. —

Die allgemeine Zulässigkeit der Vertretung im Willen ist für eine Reihe von Rechtsgeschäften des Familienrechts (§§ 1238, 1248 u. a.) und für die Errichtung und Beseitigung aller Verfügungen von Todeswegen (§§ 1911, 1933, 2020; 1935, 1941, 1948, 1857 f., 1960) ausgeschlossen. Liegt das Wesen der offenen Stellvertretung darin, daß der Vertreter seinen Willen erklärt, und der Vertreter davon den Erfolg hat, so ist auch aus der Person des Vertreters zu beurtheilen, ob die Erklärung innere Kraft hat. Die Drohung, die den Vertreter zum Abschluß vermocht hat, befreit den Vertretenen. Aber ebenso schadet ihm umgekehrt der Betrug des Vertreters gegen den andern Theil. Auf den Irrthum des Vertreters, nicht auf den eignen kann er sich berufen, wie er andrerseits für die Fahrlässigkeit des Vertreters beim Vertragsabschluß einstehen muß. Nur wer zu einem bestimmten Rechtsgeschäft Vollmacht ertheilt, kann einen Irrthum des Vertreters nicht vorschützen, wenn ihm selbst der entscheidende Umstand bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt bekannt sein mußte.

Die Vollmacht wird streng vom Auftrag unterschieden. Sie wird durch öffentliche Kundgebung, durch besondere Nachricht an den betheiligten Dritten oder durch Aushändigung einer Vollmachtsurkunde an den Bevollmächtigten ertheilt und muß wenigstens in gleich sicherer Weise, wie sie ertheilt ist, widerrufen werden. Der öffentliche Widerruf wirkt im Gegensatz zu Art. 46 Abs. 2 H. G. B. sofort und unbedingt, auch ohne dem Dritten bekannt geworden zu sein. Giebt der Bevollmächtigte die Vollmacht nicht zurück, so erklärt das Gericht dieselbe auf einfachen Antrag des Machtgebers und ohne weitere Formen für kraftlos. Der Beschluß wird durch öffentliche Zustellung wirksam. — Eine Spezialvollmacht wird nur für die Ausschlagung der Erbschaft (§ 2032) und für den Verzicht des Erben auf das Inventarrecht (§ 2094) erfordert. Die vermuthete Vollmacht (z. B. der Ehefrau, des Miteigenthümers) ist dem Entwurf fremd. Den Ersatz soll die Möglichkeit bilden, ohne Vollmacht für Dritte in Erwartung der Genehmigung zu handeln. Geschieht dies, so kann die spätere Genehmigung — ebenso wie die zuvorige Einwilligung, die in andern Fällen nöthig ist — formlos erfolgen, auch wenn das Geschäft selbst formpflichtig ist. Die Genehmigung eines ohne Vollmacht abgeschlossenen Vertrages gilt als versagt, wenn dieselbe nicht nach besonderer Aufforderung binnen vierzehn Tagen gegeben wird.

Ob es angeht, daß Jemand als Vertreter eines andern mit sich selbst, oder als Vertreter des Einen mit sich als Vertreter des Andern einen Vertrag schließt, entscheidet der Entwurf nicht grundsätzlich. Doch ist bestimmt, daß ein gesetzlicher Vertreter zwischen sich und dem Vertretenen nur Erfüllungsgeschäfte vornehmen kann: insoweit also auch dingliche Geschäfte (§§ 45, 50, 61, 1503, 1651, 1728, 1743.) Ferner soll die Vollmacht zur Bewilligung einer Grundbucheintragung demjenigen nicht ertheilt werden können, der selbst dadurch ein Recht erwerben soll (Anm. c zu § 828). Abgesehen davon hatten die Motive die Vertretung beider Theile durch eine Person für erlaubt, soweit dadurch nicht etwa gegen die guten Sitten oder sonstige allgemeine Rücksichten verstoßen wird. Ein Anwendungsfall dieser Regel wird sich indes kaum im Entwurf finden lassen. Denn der Pfandgläubiger, der sich selbst aus dem Geldpfand, das er in Händen hat, befriedigt (§ 1168), nimmt ein reines Erfüllungsgeschäft vor. Ebenso der Besitzer einer Sache, der auf sich selbst als den Vertreter des Besitzerwerbers mittels constitutum possessorium den Besitz überträgt. Denn das constitutum possessorium setzt ein Vertragsverhältniß zwischen dem Besitzveräußerer und -Erwerber voraus, das dem Letzteren die Innhabung beläßt. Es vollzieht sich ferner, wenn der Letztere vom Ersteren vertreten

wird, stillschweigend durch Handlungen, mittels welcher der Erstere den Willen kundgiebt, fortan für den Letzteren innezuhaben (§ 805). Mit andern Worten: in diesem Fall ist das constitutum possessorium keine gegenseitige, sondern eine einseitige adressenlose Erklärung. Daß endlich die Ehefrau, wenn sie Vormünderin ihres Mannes ist, in seinem Namen auch die Einwilligung zu ihren eignen Rechtsgeschäften geben kann (§§ 1326, 1370, 1417), will nur besagen, daß sie in solcher Stellung einer Einwilligung nicht bedarf. —

Die *Selbstbeschränkungen* der Willenserklärung werden vielfach gemeinsam als Nebenbestimmungen behandelt. Der Entwurf giebt nur über Bedingung und Befristung allgemeine Vorschriften, nicht über die Voraussetzung (den Endzweck) und die Auflage (modus).

Wirksame Bedingungen und Befristungen rufen einen Schwebezustand hervor. Einen Anspruch auf Sicherheitsleistung hat der Berechtigte, z. B. der Nehmer eines bedingten Vermächtnisses (§ 1867), nur bei Arrestgründen. Am Konkurse nimmt auch die aufschiebend bedingte Forderung theil. Die darauf entfallenden und zu hinterlegenden Beträge fließen vor Ausfall der Bedingung selbst dann nicht zur Masse zurück, wenn es zur Schlußvertheilung kommt. Alle diese Sicherungsrechte hängen jedoch davon ab, daß die Erfüllung der Bedingung nicht als eine zu entfernte Möglichkeit erscheint. — Ist unter einer Bedingung ein Recht übertragen oder aufgehoben, oder ein Recht oder eine Sache belastet, z. B. eine Sache übereignet, so unterliegt dieselbe während des Schwebezustandes der Verfügungsgewalt des bedingt Verpflichteten und dem Zugriff seiner Gläubiger. Aber diese freiwilligen und Zwangsverfügungen werden bei Erfüllung der Bedingung unwirksam, soweit sie das Recht des bedingt Berechtigten verletzen, und dem Dritten nicht sein guter Glaube hilft. Der Berechtigte kann den Rechtsmangel durch Genehmigung ergänzen; rügt er ihn aber, so ist die fragliche Rechtshandlung gegenüber Jedermann ungiltig. — Eine Bedingung gilt als eingetreten, wenn der Verpflichtete ihre Erfüllung geschäftswidrig verhindert. Er ist im Fall ihrer Erfüllung schadenspflichtig, wenn er schuldvoll das von der Bedingung abhängige Recht beeinträchtigt, z. B. die Sache beschädigt oder weiter veräußert.

Die erfüllte Bedingung hat rückwirkende Kraft nur, wenn es die Parteien verabreden. Dagegen knüpft sich an den Eintritt der auflösenden Bedingung ohne weiteres die Wiederherstellung des früheren Zustandes, nicht blos ein persönlicher Anspruch darauf. Die bedingt erloschene Forderung lebt wieder auf, die Erbschaft fällt unvermittelt an den Nacherben (§ 1804). Der bedingt Berechtigte kann sofort die Eigenthumsklage anstrengen, auch gegen den Dritten, der die Sache ohne guten Glauben weitererworben hat. Die Früchte der Zwischenzeit kann er aber, wenn er nicht Rückziehung vereinbart hat, nicht ersetzt verlangen.

Diese Folgen setzen jedoch eine wirksame Bedingung voraus. Unzulässige Bedingungen vernichten die ganze Willenserklärung; so die sinnlose, die auf das bloße Wollen und nicht wenigstens auf eine willkürliche Handlung des Verpflichteten gestellte Bedingung. Auch letztwillige Zuwendungen sind nichtig, wenn die Erfüllung der beigefügten Bedingung dem bloßen Belieben des Beschwerten oder eines Dritten anheimgegeben ist (§§ 1765, 1946, 1956, 1962). Dagegen ist der Vertragsschluß unter der Bedingung, daß der eine Theil nur, wenn er wolle, gebunden sei, erlaubt. Unstatthaft sind ferner Bedingungen und Befristungen bei einer Aufrechnungserklärung (§ 282), der Bestellung einer Grundschuld (§ 1137), der Eheschließung (§ 1248), der Anerkennung der Ehelichkeit eines Kindes (§ 1472), der staatlichen Ehelichkeitserklärung (§ 1594), der Annahme an Kindesstatt und der Aufhebung dieses Verhältnisses (§§ 1615, 1629), der Uebernahme der Testamentsvollstreckung (§ 1892), der Annahme oder Ausschlagung von Erbschaften oder Vermächtnissen (§§ 2035, 1873) und dem Verzicht auf das Inventarrecht (§ 2094). Die Auflassung ist unter auflösender, aber nicht unter aufschiebender Bedingung und mit einem End-, aber nicht mit einem Anfangstermin zulässig. Das Rückfallsrecht des Veräußerers ist aber von amtswegen zugleich mit dem bedingten oder befristeten Eigenthum des Erwerbers einzutragen (§§ 870 f.). Tritt die auflösende Bedingung ein, so fällt das Grundstückseigenthum der Regel entsprechend sogleich an den Verkäufer zurück, und er kann den eingetragenen Eigenthümer, soweit demselben nicht der öffentliche Glaube des Grundbuchs zur Seite steht, zur Berichtigung des Grundbuchs zwingen (§ 843).

Der dies incertus an et quando und der dies incertus an, certus quando werden als Bedingung, die übrigen Befristungen den Bedingungen entsprechend behandelt.

Willensmängel und Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte.

Deckt eine Erklärung nicht den wahren Willen, so entsteht leicht ein Widerstreit zwischen den Interessen des Verkehrs, der auf die Erklärung bauen muß, und denen des Erklärenden, der nicht unfreiwillig gebunden sein will. Grundsätzlich soll nach dem Entwurf nur die Erklärung verbinden, die dem wirklichen Willen entspricht; aber daneben ist allgemein culpa in contrahendo zu vertreten.

Ist es richtig, daß die geschäftliche Absicht sich nur auf die Abgabe einer gewissen Erklärung zu richten hat, und daß das Gesetz, nicht die Partei, daran einen bestimmten Erfolg knüpft, so läßt sich nicht behaupten, daß das *Scheingeschäft* an einem Willensmangel leidet. Denn hier besteht die Absicht zu erklären, was wirklich erklärt ist; die erste Erklärung wird nur durch eine zweite, die nebenhergeht, entkräftet. Es kann sich also nur fragen, wie der Dritte geschützt wird, der das Geschäft für ernsthaft hält. Erwirbt er von dem Scheinberechtigten Rechte an beweglichen Sachen, so sichert ihn der Satz „Hand wahre Hand" (§ 877). Grundbucheinträge, die sich auf Scheinhändel gründen, sind nach außen vollwirksam (§ 837). Ihnen steht nicht nur der öffentliche Glaube des Grundbuchs zur Seite, sondern sie schaffen für Dritte Recht. Es kommt also nicht darauf an, ob derjenige, dem der Scheinerwerber eine Hypothek bestellt, die wahre Sachlage gekannt hat. Darauf können vielmehr nur die Parteien selbst persönliche Forderungen gegen einander stützen. Die Gläubiger des Scheinerwerbers dürfen in das Grundstück Vollstreckung suchen, während sich die Gläubiger des Scheinveräußerers nur an seinen Anspruch auf Rückauflassung halten können.

Auch die *Mentalreservation* ist nicht eigentlich Willensmangel. Denn die reservirte Absicht kann nicht die Thatsache aufheben, daß der Wille zur Abgabe der geschehenen Erklärung vorhanden ist. Letztere ist deshalb gültig, die Mentalreservation wirkungslos, wenn der Gegner sie nicht bemerkt hat. Hat er

sich nicht täuschen lassen, so ähnelt das Verhältniß entfernt dem Scheinhandel. In diesem Fall soll also die Erklärung nichtig sein. Nur die Eheschließung bleibt auch dann ebenso unantastbar, wie wenn sie zum Schein erfolgen sollte (§ 1250). Umgekehrt vernichtet eine Mentalreservation stets die einseitigen Verfügungen von Todeswegen. (§§ 1779, 1947, 1957, 2020.)

Der böse *Scherz* ist ein Fall der Mentalreservation. Anders wenn man arglos zum Scherz, als Lehrbeispiel u. s. w. Worte gebraucht, die die Einkleidung eines Rechtsgeschäfts abgeben könnten. Ein Wort, das ohne geschäftliche Absicht hingeworfen wird, ist keine Geschäftserklärung, also ohne Rechtserfolg. Aber der Scherz kann für Ernst genommen werden. Dann trägt der Urheber die Gefahr, wenn er daran schuld ist. Er wird vollständig beim Wort gehalten, wenn ihm grobe, und er zahlt den Unterhandlungsschaden (das negative Vertragsinteresse), wenn ihm einfache Fahrlässigkeit zur Last fällt. Dagegen ist er befreit, wenn das Mißverständniß am Gegner liegt.

Eine gleiche Verantwortung besteht für die culpa in contrahendo, die den wesentlichen *Irrthum* hervorruft. Im übrigen hat derselbe Nichtigkeit zur Folge. Der unwesentliche Irrthum kann eine Interessenforderung rechtfertigen, beeinträchtigt aber die Wirksamkeit der Erklärung nicht. — Frühere Gesetzeswerke haben den wesentlichen Irrthum fest zu umschreiben versucht. Der Entwurf führt nur beispielshalber und für den Zweifelsfall den error in negotio, in corpore und in persona auf. Im allgemeinen ist ein Irrthum dann wesentlich, wenn anzunehmen ist, daß der Urheber bei Kenntniß der Sachlage die Erklärung nicht abgegeben hätte. Bei Irrthümern im Beweggrunde liegt diese Annahme gewöhnlich nicht nahe (§ 102); im Einzelfall kann sie jedoch geboten sein. Bei letztwilligen Verfügungen z. B. mißt der Entwurf ausdrücklich dem Irrthum im Beweggrunde die wesentlichste Bedeutung bei (§§ 1781 f., 1948, 1960). Der Rechtsirrthum steht dem thatsächlichen in seinem Einfluß auf den Bestand der Geschäfte gleich; wann er entschuldbar ist, hat der Richter zu würdigen (§ 146).

Wird die Erklärung nicht von Person zu Person, sondern durch den Telegraphen, einen Boten u. s. w. mitgetheilt, so ändern sich die angegebenen Regeln nicht; nur wird dann Sorglosigkeit bei der Auswahl des Verkehrsmittels vorzüglich als culpa in contrahendo anzusehen sein. Wegen eines Verschuldens wird also der Absender eines Telegramms nicht belangt werden können, das in der Niederschrift, die der Empfänger erhält, in Folge von Verstümmelungen den Auftrag zum Kauf statt zum Verkauf von Börsenpapieren übermittelt. Dadurch wird aber der Verkehr nicht schutzlos. Denn die Auskunftsmittel der Wissenschaft bleiben ihm unverkürzt; und wie bisher wird man auch später prüfen, ob nicht, wer den Telegraphen in Bewegung setzt, unter gewissen Umständen die Gewähr für die Richtigkeit der Depeschen-Niederschrift übernimmt.

Eine fernere Verwerthung findet der Begriff des Unterhandlungsverschuldens bei Verträgen über unmögliche Leistungen (§ 345), insofern der eine Theil die Unmöglichkeit kannte oder hätte kennen müssen. Ebenso bei verbotenen Verträgen und Verträgen über verbotne Leistungen (§ 347). — Wer endlich als Vertreter jemandes auftritt und nicht kundgiebt, daß er keine Vertretungsmacht hat, haftet dem andern Vertragstheil persönlich, wenn die Genehmigung des Vertrages verweigert wird (§ 125); ebenso wer nicht kund giebt, daß er nicht in eignem Namen, sondern für einen andern handeln wollte (§ 116). —

Wird man durch körperliche Ueberwältigung zu einer Erklärung gezwungen, so ist sie nichtig; wird man dazu widerrechtlich durch *Drohung* oder *Betrug* bestimmt, so ist sie anfechtbar. Der Unterschied erhellt im Genehmigungsfall. Der Mangel einer anfechtbaren Erklärung wird durch Genehmigung gebessert. Dagegen ist die Bestätigung eines nichtigen Geschäfts als erneute Vornahme desselben zu betrachten, — die freilich bei Verträgen im Zweifel rückwirkende Kraft hat. Im entgegengesetzten Sinne tritt Rückziehung ein, wenn ein anfechtbares Geschäft angefochten wird. Nicht bloß stellt sich der frühere Zustand von selbst wieder her, wie nach dem Eintritt einer auflösenden Bedingung, sondern überdies werden die zwischenzeitigen Veränderungen wieder beseitigt, als ob das Geschäft gar nicht vorgenommen wäre. Die abgetretene Forderung z. B. fällt, auch wenn sie an redliche Dritte gelangt ist, in Folge der Anfechtung ohne weiteres zurück, und die erhobenen Zinsen müssen dem Rückerwerber erstattet werden. Ebenso kehren nicht nur die anfechtbar übertragenen Sachen selbst, sondern auch die seitdem gezogenen Früchte sofort in das Eigenthum des Veräußerers wieder — vorbehaltlich jedoch des Schutzes Gutgläubiger. Dagegen ist der Schuldner befreit, der ohne Kenntniß der Anfechtbarkeit dem Erwerber geleistet hat (§ 306); und dem redlichen Vertragstheil, der mit einem Bevollmächtigten verhandelt, kann der Machtgeber nicht die Anfechtbarkeit der Vollmacht entgegenhalten (§§ 120 f.). Werden ferner Ehe und Erbeinsetzung mit Erfolg angefochten, so gelten sie doch redlichen Dritten gegenüber, die mit den Ehegatten oder über Nachlaßgegenstände Geschäfte vorgenommen haben (§ 1270, 2091), als wirksam. Die Redlichkeit wird regelmäßig nur durch Kenntniß der Anfechtbarkeit, nicht durch fahrlässige Unkenntniß ausgeschlossen (§§ 306, 837).

In dieser Weise wirkt auch die Anfechtung wegen Drohung und Betrug. Dieselbe setzt nicht voraus, daß der Zwang, die Täuschung erheblich, sondern nur, daß sie wirklich von Einfluß waren. Es ist ebensowenig nöthig, daß sich der Gegenbetheiligte selbst der Drohung schuldig gemacht hat; man hat vielmehr erwogen, daß in aufgeregten Zeiten Einzelne zu Gunsten Vieler Drohungen anzuwenden pflegen. Dagegen berechtigt der Betrug eines Dritten zur Anfechtung eines adressirten Geschäftes, z. B. der Annahme des Vertragsantrages nur, wenn dem Empfänger der Erklärung Kenntniß oder fahrlässige Unkenntniß des Betruges vorzuwerfen ist.

Die Anfechtung vollzieht sich durch einfache Erklärung, die an den Vertragsgegner, nicht an den Sondernachfolger, der die zurückzufordernde Sache besitzt, gerichtet werden muß. Führt die Erklärung nicht zum Ziel, so steht die betreffende persönliche oder dingliche Klage offen. Es wird also zwischen der Anfechtung selbst — einer unverjährbaren, jedoch meist befristeten Befugniß — und der daraus entspringenden Klage geschieden.

Statt durch einfache Erklärung ist die Ehe (§ 1266) und die Ehelichkeit eines Kindes, sowie die geschehene Anerkennung desselben bei dessen Lebzeiten durch Klage (§§ 1475, 1478), nach seinem Tode durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht anzufechten. Die letztere Form ist auch zu beobachten, soweit Annahme und Ausschlagung der Erbschaft (§§ 2039 ff.) und der Verzicht auf das Inventarrecht (§ 2094) anfechtbar sind.

Verjährung.

Der Entwurf geht von einem doppelten Gegensatz aus: zwischen Verjährung und Ausschlußfrist und zwischen Verjährung und Ersitzung. Die Ausschlußfrist ist nicht zum Gegenstand allgemeiner Bestimmungen gemacht. Die Ersitzung wird im Sachenrecht geordnet. Das Erlöschen von Rechten durch Gebrauchsunterlassung wird überhaupt nicht anerkannt. Ebensowenig die unvordenkliche Verjährung, die indeß vielleicht innerhalb des vorbehaltenen Landesrechts aufrecht erhalten werden wird.

Verjährbar sind lediglich Ansprüche auf eine Leistung: auf Hingabe von Sachen, auf Abgabe einer Willenserklärung u. s. w., mit einem Wort auf die zur Verwirklichung des Rechts erforderliche Handlung oder Unterlassung. Die Ansprüche können persönlich, dinglich oder erbschaftlich sein. Abweichend vom code civil knüpft der Entwurf aber nicht an die Verjährung der Eigenthumsklage den Eigenthumserwerb auch des unredlichen Besitzers. Es kann also geschehen, daß der Eigenthümer keine Klage und der Besitzer kein Eigenthum hat. Die Lösung des Zwiespalts bringt dann erst der Weitererwerb durch einen Gutgläubigen. — Unverjährbar sind Ansprüche aus Rechten, die im Grundbuch eingetragen oder vorgemerkt sind, soweit sie nicht Schadensersatz oder Rückstände wiederkehrender Leistungen betreffen (§ 847). Unverjährbar sind ferner Ansprüche vermögenswerthigen oder andern Inhalts aus einem familienrechtlichen Verhältniß, soweit sie auf dessen Verwirklichung für die Zukunft gerichtet sind; z. B. der Anspruch der Ehegatten auf Herstellung der Ehegemeinschaft (§§ 1272, 1275), auf Gewährung des Unterhalts (§§ 1280 f.), der Anspruch des gesetzlichen Vertreters auf Herausgabe des Pflegebefohlenen (§§ 1505, 1655, 1728) u. s. w. Unverjährbar ist endlich die Feststellungsklage, weil dieselbe als eine rein prozessuale Befugniß aufgefaßt wird. Als Feststellungsklagen sind auch die Statusklagen dem Einfluß des Zeitablaufs entzogen.

Vom guten oder bösen Glauben ist die Verjährung unabhängig. Dieselbe erzeugt eine zerstörende Einrede, welche die Geltendmachung des verjährten Rechts im Wege der Klage oder Einrede hindert, indeß, wie die Rechtskraft, nur auf Anrufen des Berechtigten berücksichtigt wird. Auch die Vollendung der kurzen Verjährungsfristen, die nach code civil nur die Vermuthung der Tilgung begründet, hat denselben Erfolg. Zur Aufrechnung ist eine verjährte Forderung nicht geeignet (§ 281). Wer aber in Unkenntniß des Verjährungsablaufs leistet, kann nicht zurückfordern; wer wissentlich leistet, schenkt nicht. Die Verjährung der persönlichen Forderung hindert ferner nicht die Befriedigung aus dem Pfande für Hauptgeld und laufende Nebenleistungen, berechtigt ebensowenig zur Rückforderung des Rechts, das zur Sicherung des verjährten Anspruchs übertragen ist. Mit dem Hauptrecht verjähren die an sich noch nicht verjährten Nebenansprüche, mit dem Gesammtanspruch auf selbstständige, von einem Hauptrecht nicht abhängige Leistungen, z. B. auf vertragsmäßige Zahlung eines jährlichen Unterhaltsgeldes, auch die einzelnen bis dahin verfallenen Leistungen. — Die Wirkung der Verjährung beschränkt sich auf die Personen, zwischen denen sie sich vollzieht, und auf ihre Rechtsnachfolger (§§ 336, 339 f., 1340). Der eine Gesammtschuldner kann sich somit nicht darauf berufen, daß der andere durch Verjährung frei geworden ist, — wohl aber der Bürge auf die Verjährung zu Gunsten des Hauptschuldners (§ 671).

Die Verjährung kann durch Rechtsgeschäft erleichtert, aber nicht ausgeschlossen oder erschwert, insbesondere ihre Frist nicht verlängert werden. Nur die kurzfristigen Gewährleistungs- und Schadensersatzklagen des Käufers (§ 397), Schenknehmers (§ 444) und Werkbestellers (§ 571) können bis zum Ablauf der ordentlichen Verjährungsfrist vorbehalten werden.

Die Verjährungsfrist wird unter accessio temporis berechnet. Sie beträgt regelmäßig 30 Jahre. Aber wie bisher sollen eine ganze Reihe von Forderungen in 2 und 4 Jahren verjähren; im ganzen genommen diejenigen, welche zu den laufenden Einnahmen und Ausgaben des Haushalts und Geschäftsbetriebes gehören. Insbesondere sollen die Ansprüche der Gewerbetreibenden u. a. in der kurzen Frist auch dann verjähren, wenn die Waaren u. s. w. zum Geschäftsbetrieb geliefert sind. Bemerkenswerth ist ferner die 3 jährige Verjährungsfrist für Schadensersatzforderungen aus unerlaubten Handlungen (§ 719). Rechtskräftig — vom ordentlichen, vom Schiedsrichter, von Verwaltungsbehörden u. s. w. — zuerkannte und im Konkurse festgestellte, sowie vollstreckbare Vergleichs- und Urkunden-Ansprüche verjähren stets erst in 30 Jahren, so weit sich nicht die Feststellung auf regelmäßig wiederkehrende, erst künftig fällige Leistungen erstreckt.

Die Verjährung beginnt, sobald die Befriedigung rechtlich verlangt werden kann, also erst mit dem Eintritt der aufschiebenden Bedingung oder des Anfangstermins, erst nach Ablauf der Kündigungsfrist. Ein Anspruch, dessen Entstehen oder Kündigung nur von dem Willen des Berechtigten abhängt, wird wie ein entstandener oder gekündigter behandelt. Nur der Beginn der zwei- und vierjährigen Verjährungsfrist wird bis zum Ende des betreffenden Jahres vertagt. Der Gesammtanspruch auf selbstständige wiederkehrende Leistungen beginnt mit der einzelnen Leistung zu verjähren.

Die Verjährung kann gehemmt oder unterbrochen werden. Durch die Hemmung wird der Beginn und der Weiterlauf der Verjährung ausgeschlossen; nach Beseitigung des Hindernisses setzt sich die angefangene Verjährungsfrist fort. Die einmal unterbrochene Verjährung muß jedoch neu zu laufen beginnen. Hemmung und Unterbrechung wirken, wie die Verjährung selbst nur unter den Personen, zwischen denen sie Thatsache werden, und ihren Rechtsnachfolgern.

Unkenntniß des Rechts und des Verpflichteten hemmt die Verjährung nicht. Ausnahmen bilden in dieser Hinsicht nur der Pflichttheilsanspruch (§ 1999) und die Schadensersatzforderung wegen unerlaubter Handlungen, die aber spätestens binnen 30 Jahren zu erheben ist (§ 719). Hemmniß ist dagegen jedes Hinderniß der Rechtsverfolgung, z. B. eine verzögerliche Einrede. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, des Zurückbehaltungsrechts und der Vorausklage hemmen jedoch nicht, weil dieselben jederzeit zu beseitigen sind. Die Abzugseinrede des Inventarerben bemängelt nur die Höhe des Anspruchs, hemmt also nicht. Hemmniß ist ferner der Stillstand der Rechtspflege; sonstige höhere Gewalt, z. B. Erkrankung, nur soweit sie bei einer 6 Monate nicht übersteigenden oder in den letzten 6 Monaten der Verjährungsfrist besteht. Gegen Geschäftsunfähige, Unselbständige und juristische Personen läuft die Verjährung, auch

wenn sie unvertreten sind. Fällt aber der Vertretungsmangel in den eben bezeichneten Zeitraum, so vollendet sich, soweit die bezeichneten Personen nicht etwa prozeßfähig sind, die Verjährung erst 6 Monate nach der Beseitigung des Mangels. An die Stelle der 6 Monate tritt die Verjährungsfrist, wenn dieselbe weniger beträgt. Auf abwesende Volljährige, denen ein Pfleger hätte bestellt werden müssen (§ 1740), bezieht sich diese Vorschrift nicht; denn dieselbe schützt nur die rechtliche, nicht die rein thatsächliche Klagunfähigkeit. Dem Gläubiger hilft gegen den unvertretenen Minderjährigen § 55 C. P. O. — Der Eintritt des Erbfalls hemmt weder auf der Gläubiger- noch auf der Schuldnerseite die Verjährung. Sie läuft jedoch erst 6 Monate nach Erbschaftsantritt, Bestellung eines Nachlaßpflegers oder Konkurseröffnung ab. — Zwischen Ehegatten, Eltern und Kindern und Vormund und Mündel ist die Verjährung ausgeschlossen, solange die Ehe, die Minderjährigkeit und das Vormundschaftsverhältniß bestehn; nicht aber zwischen Herrschaft und Gesinde oder juristischen Personen und ihren gesetzlichen Vertretern.

Unterbrochen wird die Verjährung durch Anerkennung und durch gerichtliche Geltendmachung des Rechts. Ein Anerkennungsvertrag ist nicht nöthig; das stillschweigende Anerkenntniß, Zahlung, Pfandbestellung u. s. w., genügen. Gerichtliche Geltendmachung unterbricht, wenn sie geschieht: 1. durch Leistungs-, Feststellungs- oder Vollstreckungsklage, — wofern dieselbe nicht zurückgenommen oder wegen eines Mangels in den Prozeßvoraussetzungen abgewiesen wird; 2. durch Zahlbefehl, — wofern nicht die Wirkungen der dadurch begründeten Rechtshängigkeit erlöschen; 3. durch Streitverkündung in dem für den Anspruch bedingenden Rechtsstreit; 4. durch Vollstreckungshandlungen und -Anträge, — die nicht etwa zurückgenommen, abgewiesen oder aufgehoben werden; 5. durch Anmeldung im Konkurse, — wofern dieselbe nicht zurückgenommen wird. Die Unterbrechung dauert bis zur endgiltigen Erledigung des Verfahrens, endet, sowie der Streit in Stillstand geräth, und beginnt wieder mit dem Fortbetrieb desselben.

Auf Ansprüche, die vor einem Schiedsgericht einer Verwaltungsbehörde u. s. w. zu verfolgen sind, finden diese Vorschriften entsprechende Anwendung. Die Unterbrechung erfolgt dann durch die Handlung, welche das Verfahren in Lauf setzt. Ebenso wenn der Rechtsweg erst nach der Vorentscheidung einer Behörde beschritten werden kann.

Rechtsschutz und Selbsthilfe.

Jeder Anspruch soll klagbar sein; auch die Nebenleistung nach Erledigung des Hauptrechts. Ob die vorbehaltlose Annahme der Hauptsache als Verzicht auf die Nebenforderung zu deuten ist, hat der Richter zu ermessen. Klagbar sind grundsätzlich nur fällige Ansprüche. Klagbar sind jedoch auch die erst später fälligen wiederkehrenden Leistungen, die nicht auf Rechtsgeschäft beruhen. Die Kündigungsklage ist gleichfalls statthaft (§ 190), so daß z. B. der Miether noch vor Ablauf der Kündigungsfrist zur Räumung verurtheilt werden kann. — Ob die sachlichen Voraussetzungen des bejahenden Urtheils schon beim Streitbeginn oder erst bei der Urtheilsfällung vorhanden sein müssen, wird nicht entschieden.

Mit der Rechtshängigkeit kann eine Steigerung des Anspruchs eintreten, sofern nicht Unredlichkeit des Beklagten schon früher dieselbe Folge gehabt hat. Der Besitzer und Inhaber der Sache haften dem dinglich Berechtigten (§§ 933, 945, 964, 1017, 1155), dem Erbschaftskläger (§ 2085) und dem persönlichen Gläubiger, dem ein in sich bestimmter Gegenstand herauszugeben ist (§ 244), nach der Rechtshängigkeit für gezogene und fahrlässig versäumte Nutzungen, sowie für fahrlässige Verschlechterung und Zerstörung der Sache und der Nutzungen. Prozeß- und Urtheilszinsen werden im Entwurf nicht bewilligt.

Das rechtskräftig Zugesprochene kann nicht mehr bestritten, das Aberkannte nicht mehr gefordert werden. Nochmalige Einklagung des Zuerkannten ist dagegen nicht ausgeschlossen; ein Interesse daran kann bestehen, wenn z. B. die Ausfertigungen des Urtheils verloren, die Akten verbrannt sind. Ob das Urtheil novirt, ob die Leistung des unrechtmäßig Aberkannten als Schenkung oder als Erfüllung einer natürlichen Verbindlichkeit anzusehen ist, wird der Wissenschaft überlassen. Den sachlichen Umfang der Rechtskraft bestimmt die Civilprozeßordnung. Die persönliche Wirkung der Rechtskraft ist über die Parteien und ihre allgemeinen Rechtsnachfolger hinaus auf Diejenigen ausgedehnt, welche nach Eintritt der Rechtshängigkeit Sondernachfolger der Parteien oder Inhaber des Streitgegenstandes geworden sind. Wer also nach Streitbeginn von dem Eigenthumsbeklagten gemiethet hat, muß sofort dem siegreichen Kläger weichen. Der Schutz des guten Glaubens wird durch diese Vorschrift, die die §§ 236 ff. Civilprozeßordnung erweitert, nicht beeinträchtigt.

Von den allgemeinen Beweisregeln des Entwurfs greift nur eine in die bestehende Praxis ein. Es ist nicht neu, daß der Kläger das Zustandekommen des Geschäfts, wie er es angiebt, zu beweisen hat, wenngleich der Gegner zwar die Errichtung zugesteht, aber behauptet, daß der Abschluß in anderer Weise, z. B. unter aufschiebender Bedingung, erfolgt ist. Allein der Entwurf zieht aus diesem Grundsatz den Schluß, daß der Kläger die Unbedingtheit des Geschäfts auch dann darthun muß, wenn der Gegner die Beifügung einer auflösenden Bedingung einwendet.

Die Rechtshilfe schließt den Selbstschutz nicht völlig aus. Erlaubt ist die maßvolle Selbstvertheidigung zur Sicherung der eignen und fremder Personen: Nothwehr und Zerstörung von Sachen zur Rettung aus einem unverschuldeten Nothstand. Zulässig ist ferner die Selbsthilfe mittels erlaubter Handlungen; man kann z. B. sein Buch, das der Entleiher nicht wiedergeben will, zurücknehmen, wenn man ohne Hausfriedensbruch in dessen Zimmer kommt. Durch eine an sich unerlaubte Handlung darf man sich selbst jedoch nur schützen, wenn es das Gesetz besonders gestattet. Der wichtigste Fall ist die Zulässigkeit der Selbstbefriedigung mittels Wegnahme, Zerstörung oder Beschädigung von Sachen oder mittels Nöthigung des Verpflichteten zur Erfüllung, wenn Gefahr im Verzuge und obrigkeitliche Hilfe nicht bereit ist. Der Festgenommene ist unverzüglich dem Amtsrichter zur Verhängung des persönlichen Arrestes oder Freilassung vorzuführen. In die weggenommenen Sachen ist sofort Vollstreckung oder dinglicher Arrest zu suchen; sonst sind sie zurückzugeben.

Das Privatpfändungsrecht wegen Beschädigung von Grundstücken durch Menschen und Thiere wird im Entwurf nicht geordnet. Das Einführungsgesetz wird es vielleicht aufrecht erhalten.

Vom Reichsgericht.*)

Wir berichten über die in der Zeit vom 20. März bis 7. April 1888 ausgefertigten Erkenntnisse.

I. Die Reichsjustizgesetze.

Zur Civilprozeßordnung.

1. Aus § 530 der C. P. O. ist die Zulässigkeit einer Beschwerde gegen den die Entziehung des Armenrechts verweigernden Beschluß nicht herzuleiten, weil das Gesuch das Verfahren, worunter der Rechtsstreit zu verstehen ist, nicht betrifft. Nach § 118 der C. P. O. muß aber auch angenommen werden, daß gegen den hervorgehobenen Beschluß ein Rechtsmittel nicht stattfinden soll; denn wenn hier gegen den Beschluß, welcher das Armenrecht entzieht oder die Nachzahlung von Kosten anordnet, die Beschwerde ausdrücklich gewährt wird, so ist der Schluß nicht abzuweisen, daß das Gesetz gegen den der armen Partei bei der Frage der Entziehung des Armenrechts günstigen Beschluß die Beschwerde nicht gewähren will, wie denn auch der Eingang des § 118 cit. gegen den das Armenrecht bewilligenden Beschluß ein Rechtsmittel versagt und es nur in der Konsequenz dieser Bestimmung liegt, daß auch gegen den das Armenrecht in der Folge aufrecht haltenden Beschluß ein Rechtsmittel nicht stattfindet. III. C. S. i. S. Eggebrecht c. Tesch vom 13. März 1888, B. Nr. 26/88 III.

2. Den Endurtheilen sind bezüglich der Rechtsmittel Zwischenurtheile nur in den Fällen des § 248 Al. 2 und des § 276 Al. 2 der C. P. O. gleichgestellt; (vergl. auch C. P. O. § 562 Al. 3), im Uebrigen sind Zwischenurtheile und zugleich mit dem Endurtheil durch Rechtsmittel anfechtbar, §§ 473, 510 der C. P. O. Das jetzt angefochtene Zwischenurtheil des B. G., wodurch die Einrede der Unzuständigkeit verworfen ist, gehört aber nicht zu den Zwischenurtheilen, über welche § 248 Al. 2 der C. P. O. handelt. Die Bestimmung des § 248 Al. 2 ist vielmehr auf diejenigen Zwischenurtheile zu beschränken, durch welche über eine prozeßhindernde Einrede gemäß § 248 Al. 2 nach vorhergegangener abgesonderter Verhandlung über diese Einrede entschieden ist. (Vergl. Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. XV, Nr. 110 Pag. 398 flg.). Diese Voraussetzung trifft hier nicht zu, da weder die Bekl., unter Verweigerung der Verhandlung zur Hauptsache nur die prozeßhindernde Einrede vorgebracht haben, noch das Gericht die abgesonderte Verhandlung angeordnet hat, vielmehr über die Hauptsache zugleich mit und neben der Einrede der Unzuständigkeit verhandelt, auch in I. J. (unter Verwerfung der Einrede bloß in den Gründen) über die Hauptsache durch Endurtheil erkannt ist, und die Bekl. auch in II. J. Inhalts des Schlußsatzes des Thatbestandes des Berufungsurtheils erst nach beendigter Verhandlung der Hauptsache den Antrag gestellt haben, über die bestrittene Zuständigkeit durch Zwischenurtheil zu erkennen, womit sie nur ein gewöhnliches Zwischenurtheil im Sinne des § 275, nicht ein solches im Sinne des § 248 Al. 2 der C. P. O. gemeint haben. I. C. S. i. S. Bonin c. Deutsche Mühlen-Assekuranz-Gesellschaft vom 10. März 1888, Nr. 8/88 I.

3. Ob ein konzessionirter Markscheider Angesichts des § 34 der Gewerbeordnung vom 11. Juni 1869 als öffentlicher Beamter anzusehen, kann mit Grund bezweifelt werden. Indeß die Markscheider werden nach bestandener Prüfung amtlich bestellt und stehen unter Aufsicht der Bergbehörden, die ihre Arbeiten amtlich überwachen. (Vergl. Preuß. Allg. Berggesetz §§ 72, 190; Allgemeine Verfügung des Handelsministers vom 21. Dezember 1871.) Sind sie deshalb für mit öffentlichen Glauben ausgestattete Personen im Sinne des § 380 der C. P. O. zu erachten, so begründen auch die von ihnen innerhalb des ihnen zugewiesenen Geschäftskreises angefertigten Urkunden, wohin die Karten und Grubenbilder zu rechnen sind, vollen Beweis für die Richtigkeit ihres Inhalts. Daß der Kl. dagegen der Beweis des Gegentheils offen steht (C. P. O. § 380 Abs. 2), wird vom B. R. nicht verkannt. Auch darin kann ein Rechtsirrthum nicht gefunden werden, daß er den Antrag der Kl. auf Edition der Berichte und Journale der Bekl. ablehnt, weil dieselben nicht als gemeinschaftliche Urkunden im Sinne des § 387 der C. P. O. anzusehen seien. Denn Voraussetzung einer solchen ist, daß sie zur Zeit der Errichtung den Zweck hatte, beziehungsweise dazu bestimmt war, beiden Theilen zum urkundlichen Nachweis zu dienen. Ob dies nun im gegebenen Fall zutrifft, ist nach Lage der Sache zu beantworten, und entzieht sich deshalb die Entscheidung des B. R. der Nachprüfung durch das Revisionsgericht. V. C. S. i. S. Gemeinde Borbeck c. Zeche Carolus Magnus vom 17. März 1888, Nr. 3/88 V.

4. Die Frage, ob unter den Urkunden, von denen § 705 handelt, auch Vergleichsurkunden von der in § 702 Nr. 1 und 2 bezeichneten Art begriffen sind ist zu bejahen. Ausführlich begründet. III. C. S. i. S. Fürst c. Heinke vom 6. März 1888, Nr. 303/87 III.

Zur Konkursordnung und dem Anfechtungsgesetz.

5. An sich würde es zwar der Natur der Sache entsprechen, daß das ganze Vermögen des Schuldners von dem Konkursverfahren oder dem dasselbe vertretenden Liquidationsverfahren ergriffen und so das Verfahren ohne Rücksicht darauf, wo die einzelnen Vermögenstheile sich befinden, nach einheitlichen Gesichtspunkten durchgeführt werden könnte. Aber diese durchgreifende Wirkung des Konkursverfahrens hat im positiven Recht allgemeine Anerkennung nicht gefunden. Vielmehr gilt meistens der Grundsatz, daß das im Inland befindliche Vermögen eines Schuldners nicht von dem ausländischen Konkursverfahren erfaßt werde, sondern dem freien Zugriff der Gläubiger unterliege, welche durch den im Ausland anhängigen Konkurs nicht gehindert werden, im Inland Klage zu erheben und auf Grund der erwirkten Urtheile eine Zwangsvollstreckung in das im Inland befindliche Vermögen des Schuldners durchzuführen. Soweit ein derartiger Rechtszustand besteht, können auch diejenigen im Ausland geltenden konkursrechtlichen Vorschriften im Inland nicht zur Anwendung kommen, nach welchen einer Mehrheit von Gläubigern das Recht eingeräumt ist, dem Schuldner einen theilweisen Erlaß oder eine Stundung der gegen ihn bestehenden Forderungen mit Rechtswirksamkeit für die Minderheit der Gläubiger zu bewilligen. Derartige Vorschriften, durch welche das dem Gläubiger vertragsmäßig zustehende Recht, von dem Schuldner vollständige Befriedigung zu verlangen, aufgehoben wird, können nur insoweit Geltung beanspruchen, als die Wirkungen des in Frage stehenden Konkurs- oder Liquidations-

*) Nachdruck ohne Angabe der Quelle verboten.

verfahrens reichen. Außerhalb dieses Gebietes, insbesondere, soweit es sich um Befriedigung aus Vermögenstheilen handelt, welche von dem Konkurs nach der geltenden Gesetzgebung nicht ergriffen werden, muß denselben die Anerkennung versagt werden. (Vergl. auch Erkenntniß des früheren Preuß. Obertribunals vom 15. Dezember 1862, rheinisches Archiv Bd. 57 Abth. 2 A S. 79—83, sowie die Urtheile des R. O. H. G. vom 13. Juni 1871, 25. Januar 1873 und vom 7. November 1874, Entscheidungen Bd. III S. 65 ff., Bd. IX S. 7 ff., Bd. XV S. 8 ff.). Im vorliegenden Falle kann nun zwar § 207 der K. K. O., auf welchen das B. G. seine Entscheidung gleichfalls gestützt hat, bezüglich der Frage, ob die dem Bekl. in England gewährte Entlastung auch in Ansehung des in Rheinhessen befindlichen Vermögens ihre Wirkung äußerte, nicht maßgebend sein. Vielmehr ist diese Frage nach dem zur Zeit der Klage in Rheinhessen geltenden Recht zu beurtheilen. Aber auch in dieser Beziehung hat das O. L. G., dessen Ausführungen, so weit es sich um Anwendung der früher in Rheinhessen geltenden französischen Fallimentsgesetzgebung handelt, der Nachprüfung des Revisionsgerichts nicht unterliegen, in zutreffender Weise dargelegt, daß nach den maßgebenden Vorschriften des französischen Rechts das im Inland befindliche Vermögen eines Schuldners von einem im Ausland anhängigen Konkursverfahren nicht berührt werde. Dasselbe konnte sonach ohne Rechtsirrthum annehmen, die dem Bekl. in England von der Gläubigerversammlung ertheilte Entlastung sei in Beziehung auf das in Rheinhessen befindliche Vermögen als unwirksam und die Forderung des Kl. in dieser Beziehung nicht als erloschen anzusehen. Von dem Rkl. wird nun zwar weiter geltend gemacht, das englische Recht sei im vorliegenden Falle deshalb maßgebend, weil der Erfüllungsort bezüglich der klägerischen Forderung sich in England befinde, dort also der Sitz der Obligation sei, und die Forderung demgemäß hinsichtlich ihres Bestandes und ihres Unterganges nach englischem Recht beurtheilt werden müsse. Aber auch in dieser Beziehung ist die dem angefochtenen Urtheil zu Grunde liegende Auffassung als zutreffend anzusehen. Bei der Frage, nach welchem örtlichen Recht ein Schuldverhältniß zu beurtheilen ist, kommt es in erster Linie auf den Willen der Vertragschließenden an, welche sich dem am Erfüllungsorte geltenden Recht ganz oder in einzelnen Richtungen unterwerfen können, aber keineswegs unterwerfen müssen. Wenn dieser Wille dahin geht, daß im Allgemeinen das Recht des Erfüllungsortes maßgebend sein solle, ist aber daraus nicht zu folgern, daß der Gläubiger sich allen und jeden Vorschriften des am Erfüllungsort geltenden Rechts insbesondere auch denjenigen konkursrechtlichen Bestimmungen unterwerfen wollte, nach welchen dem Schuldner gegen den Willen des Gläubigers die Erfüllung seiner Verbindlichkeit erlassen werden kann und welche nach den obigen Ausführungen an sich die Befriedigung aus dem im Inland befindlichen Vermögen nicht verhindern (vergl. Entscheidungen des R. O. H. G. Bd. III S. 67). Diesen Vorschriften ist der Gläubiger insoweit unterworfen, als er vor einem Gerichte des Landes, in welchem die erwähnten Vorschriften Geltung haben, sein Recht sucht und aus demjenigen Vermögen des Schuldners befriedigt sein will, welches von dem in Frage stehenden Konkurs- oder Liquidationsverfahren ergriffen wird. Dagegen bindet der zwangsweise Erlaß der Verbindlichkeit den Gläubiger, wenn er in einem anderen Staate aus Vermögenstheilen Befriedigung sucht, welche nach dem hier geltenden Rechte von dem ausländischen Konkurs nicht berührt werden nur dann, wenn er sich den Vorschriften des ausländischen Rechtes ausdrücklich oder stillschweigend unterworfen hat. Eine solche Unterwerfung ist aber nicht schon darin zu finden, daß nach dem Willen der Vertragschließenden im Allgemeinen, nämlich bezüglich der aus dem Vertrag selbst abzuleitenden Rechte und Verbindlichkeiten das Recht des Erfüllungsortes maßgebend sein soll. Bei der in Frage stehenden Befreiung handelt es sich nicht um die Beurtheilung der aus dem Schuldverhältniß selbst entspringenden Rechtsverhältnisse, sondern um die Wirkungen des Konkurses oder des dasselbe vertretenden Verfahrens. Ob die konkursrechtlichen Vorschriften auch im Ausland zur Anwendung kommen müssen, ist aber auch dann nicht nach dem am Erfüllungsort geltenden Recht zu beurtheilen, wenn dieser hinsichtlich der auf den Vertrag selbst bezüglichen Rechtsverhältnisse maßgebend ist. Das von dem Rkl. angerufene Urtheil des R. G. vom 11. Dezember 1884 (Entscheidungen Bd. XIV S. 409 ff.) bezieht sich auf die hier zu entscheidende Frage nicht. In diesem Urtheil ist (S. 411) der Satz ausgesprochen, daß, wenn ein fremdes Recht wirklich materiellrechtliche Folgen zu Gunsten des Gemeinschuldners an das Konkursverfahren knüpfe, die betreffenden Rechtssätze auch von dem einheimischen Richter auf solche Obligationsverhältnisse anzuwenden seien, welche überhaupt nach jenem fremden Rechte beurtheilt werden müßten. Aber ein solches Verhältniß steht nach den obigen Ausführungen hier nicht in Frage; es trifft vielmehr die in dem angeführten Satz enthaltene Einschränkung zu. Die Frage, ob ein auf dem ausländischen Gesetze beruhender Zwangsvergleich oder ein in anderer Weise erfolgter Zwangserlaß für den inländischen Gläubiger auch insoweit bindend sei, als es sich um die Befriedigung aus dem im Inland befindlichen Vermögen des Schuldners handle, war in dem Urtheil vom 11. Dezember 1884 nicht zu entscheiden. II. C. S. i. S. Liebmann c. Mayer und Gen. vom 20. März 1888, Nr. 346/87 II.

6. Die in Frage stehenden Forderungen der Gewerkschaft sind im allgemeinen Prüfungstermine zu dem Betrage von 859,70 Mark festgestellt und unter den Nummern 17 und 42 in die Konkurstabelle eingetragen worden. Diese Eintragung gilt nach § 133 K. K. O. wie ein rechtskräftiges Urtheil gegenüber allen Konkursgläubigern. Sie enthält die urtheilsmäßige Festsetzung des Rechts des anmeldenden Gläubigers, daß er hinsichtlich der angemeldeten Forderung ihrem Betrage und Vorrechte nach an der Konkursmasse Theil zu nehmen berechtigt sei, sie wirkt für diesen Inhalt wie ein rechtskräftiges Urtheil. Alle Einwendungen, welche den durch das rechtskräftige Urtheil festgestellten Anspruch selbst betreffen, im Zwangsvollstreckungsverfahren von dem Schuldner in Gemäßheit der Vorschrift in § 686 C. P. O. im Wege der Klage bei dem Prozeßgerichte I. J. geltend zu machen, und nur insoweit zulässig sind, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, in welcher Einwendungen spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind, so können auch Einwendungen gegen das Recht eines Konkursgläubigers, dessen Forderung als festgestellt in die Konkurstabelle eingetragen ist, auf Theilnahme an der Befriedigung

aus der Konkursmasse nur berücksichtigt werden, wenn die Gründe, auf denen sie beruhen, nach der Feststellung der Forderung und deren Eintragung in die Konkurstabelle entstanden sind, und müssen im Wege der Klage geltend gemacht werden. Denn die Vorscheiften der C. P. O. finden nach § 65 der K. K. O., soweit nicht aus der K. K. O. Abweichungen sich ergeben, auf das Konkursverfuhren entsprechende Anwendung. Eine von der Vorscheift des § 686 C. P. O. abweichende Bestimmung enthält die K. K. O. aber nicht. (Wird noch weiter begründet). III. C. S. i. S. Linder Konkurs vom 24. Februar 1888, B. Nr. 4/88 III.

7. Die Konkursmasse dient zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller Konkursgläubiger und ist zum Zwecke dieser Befriedigung von dem Konkursverwalter zu verwerthen. (K. K. O. §§ 1, 2, 107 ff.) Sicherungs- und Vorzugsrechte aber, welche vom Gemeinschuldner einzelnen Konkursgläubigern an den zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen eingeräumt waren, verlieren mit der Konkurseröffnung ihre Bedeutung, sofern nicht ihre fortdauernde Wirksamkeit in der K. K. O. selbst oder in dem E. G. dazu ausdrücklich anerkannt ist. (K. K. O. §§ 3, 39 ff. 54 ff. E. G. §§ 4, 12 bis 17). An solcher Anerkennung fehlt es für ein von dem Gemeinschuldner bestelltes Besitz- und Zurückbehaltungsrecht, auch wenn dasselbe durch Besitzeinräumung die Eigenschaft eines dinglichen Rechts im Sinne des A. L. R. erlangt haben sollte. Denn keineswegs können alle zur Sicherung eines Konkursgläubigers dienenden Rechte, sofern sie nur nach Landesrecht den Charakter der Dinglichkeit haben, auch der Konkursmasse gegenüber geltend gemacht werden. Vielmehr hat die Reichsgesetzgebung diejenigen Sicherungsrechte, welche trotz der Konkurseröffnung ihre Wirksamkeit behalten sollen, speziell aufgeführt. Namentlich ist in § 40 der K. K. O. Gläubigern, welche an einer beweglichen körperlichen Sache des Gemeinschuldners ein — nach Civilrecht gültiges — Faustpfandrecht haben, der Anspruch auf abgesonderte Befriedigung aus dem verpfändeten Gegenstande eingeräumt, während der § 41 ein gleiches Absonderungsrecht an einzelnen Sachen neun verschiedenen Klassen von Gläubigern gewährt, und zwar durchweg nur solchen Gläubigern, deren Ansprüche in einer unmittelbaren Beziehung zu jenen Sachen stehen. In diesen § 41 sind unter Nr. 5 bis 8 auch einzelne Retentionsrechte aufgenommen worden. Damit ist allen sonstigen gesetzlichen Retentionsrechten die Wirksamkeit für das Konkursverfahren entzogen, wie dies aus den Worten und aus den Materialien des Gesetzes deutlich hervorgeht. (Vergl. Begründung zum Entwurf der K. K. O. S. 215, 216, Protokolle der Kommissian S. 40, 41, 202 bis 205). Hiernach läßt sich angesichts der angezogenen Gesetzesvorschriften die Aufrechthaltung eines vertragsmäßig bestellten Retentionsrechts gegenüber der Konkursmasse in keiner Weise rechtfertigen. Können selbst die Faustpfandgläubiger und die ihnen gleichgestellten Absonderungsberechtigten gemäß § 117 der K. K. O. einer Verwerthung der zu ihrer abgesonderten Befriedigung dienenden Gegenstände durch den Konkursverwalter nicht widersprechen, vielmehr ihre Rechte nur auf den Erlös geltend machen, so erscheint ohne Weiteres die Annahme ausgeschlossen, daß ein Gläubiger, dem vom Gemeinschuldner nur ein Zurückbehaltungsrecht eingeräumt ist, auf Grund dieses Rechts befugt sein sollte, bis zu seiner Befriedigung dem Verwalter den in seinen Händen befindlichen Bestandtheil der Konkursmasse vorzuenthalten und dadurch die Verwerthung der Konkursmasse unmöglich zu machen. (Vergl. v. Sarwey, K. K. O. Anmerkung 1 zu § 40, Protokolle der Kommission S. 204 und 205). Da somit dem Bekl., die Richtigkeit aller seiner Behauptungen vorausgesetzt, weder ein im Konkurse wirksames Retentionsrecht an dem Hellwig'schen Hypothekenbriefe noch ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung aus dem Erlöse der Hypothekenforderung des Gemeinschuldners zugestanden werden kann, stellt sich die vom Vorderrichter ausgesprochene Verurtheilung nach allen Richtungen als gerechtfertigt dar. VI. C. S. i. S. Kühne c. Hellwig vom 5. März 1888, Nr. 29/88 VI.

8. Es liegt die Frage zur Entscheidung vor, ob Vertragestrafen, welche für den Fall der Nichterfüllung oder nicht rechtzeitigen Erfüllung einer Verpflichtung bedungen sind, auch nach Eröffnung des Konkurses verfallen. Dieses wird von Fitting, Reichskonkursrecht S. 91 und 92 Note 18 verneint, weil die in Folge des Konkurses eintretende Nichtbefriedigung oder Verzögerung der Befriedigung einer Konkursforderung ebensowenig gestraft werden, als einen Anspruch auf Interesseleistung erzeugen könne. Hiermit steht in Zusammenhang die Ansicht Fitting's über die Folgen, welche eintreten, wenn der Konkursverwalter nach dem § 15 der K. K. O. die Erfüllung eines zweiseitigen Vertrages ablehnt, der zur Zeit der Konkurseröffnung von dem Gemeinschuldner und von dem anderen Theile nicht oder nicht vollständig erfüllt ist. Fitting (a. a. O. S. 39, 40) nimmt an, daß der Gegenkontrahent des Gemeinschuldners in einem solchen Falle Entschädigung nicht beanspruchen könne. Dieses kann aber in Uebereinstimmung mit der herrschenden Ansicht und den Motiven zur K. K. O. nicht als richtig angesehen werden; man muß vielmehr dem Gegenkontrahenten des Gemeinschuldners in dem Falle des § 15 der K. K. O., wenn der Konkursverwalter die Erfüllung des Vertrages ablehnt, einen Anspruch auf Schadensersatz einräumen. Stand nun dem Kl. in dem vorliegenden Fall, nachdem der Konkursverwalter sich geweigert hatte, den Bauvertrag zu erfüllen, ein Anspruch auf Entschädigung wegen der Nichterfüllung des Vertrages zu, so ist den Vorschriften des A. Pr. L. R. gegenüber kein Grund ersichtlich, weshalb derselbe die festgesetzte Vertragsstrafe nicht sollte verlangen können; denn nach dem § 292 Thl. I Tit. 5 des A. L. R. ist die verabredete Konventionalstrafe als das im Voraus bestimmte Interesse anzusehen, welches der eine Kontrahent dem anderen bei nicht gehörig geleisteter Erfüllung des Vertrages zu vergüten hat. Welchen Einfluß die Vorschrift des § 56 Nr. 1 der K. K. O., wonach die seit Eröffnung des Konkursverfahrens laufenden Zinsen im Konkurse nicht geltend gemacht werden können, auf die Verpflichtung zur Entrichtung von Konventionalstrafen für die erst nach Eröffnung des Konkursverfahrens eintretende Verzögerung von Geldzahlungen äußert, kommt hier nicht in Frage. (Vergl. das Urtheil des R. O. H. G. Bd. 22 S. 274 der Sammlung in Bezug auf eine ähnliche Bestimmung der Pr. K. K. O.) Ein Bedenken gegen den klägerischen Anspruch könnte die Bestimmung des § 310 Thl. I Tit. 5 des A. L. R. erregen. Darnach findet in allen Fällen, wo auf Erfüllung des Vertrages nicht geklagt werden kann, auch die Forderung einer Konventionalstrafe nicht statt. Aller-

dings konnte der Kl. nach der Konkurseröffnung über das Vermögen des Bekl. auf die vertragsmäßige Leistung des letzteren selbst nicht klagen; aber er konnte Schadensersatz wegen der Nichterfüllung verlangen, und auf Erfüllung des Vertrags in dieser Weise klagen. Die Voraussetzung des § 310 cit., daß auf Erfüllung des Vertrages nicht geklagt werden kann, liegt also nicht vor (vergl. Striethorst Archiv Bd. 81 S. 311). VI. C. S. i. S. Schönner c. Philippsohn vom 8. März 1888, Nr. 352/87 VI.

9. Die Verwerfung der Einrede aus § 3 Nr. 1 des R. Anf. Ges. ist deshalb erfolgt, weil keine Absicht des Schuldners S. durch das fragliche Geschäft seine Gläubiger zu benachtheiligen, dargethan sei und zwar stützt sich diese Entscheidung auf die thatsächlichen Feststellungen, daß einerseits das Geschäft an sich ein reelles, das Vermögen des Schuldners nicht verringerndes gewesen sei, und daß andrerseits zur Zeit des Abschlusses desselben der Schuldner sich für zahlungsfähig gehalten habe. Nun war der Schluß von diesen beiden festgestellten Thatsachen auf den Mangel einer Benachtheiligungsabsicht beim Schuldner für gerechtfertigt zu erachten, sobald man den Begriff der Zahlungsfähigkeit in dem reichsgesetzlichen Sinne nahm. Verstünde man freilich unter „Zahlungsfähigkeit" nur die Zulänglichkeit des Vermögens im Allgemeinen, das Fehlen einer Ueberschuldung, ohne Rücksicht auf die Fähigkeit, den fälligen Verbindlichkeiten ohne vorgängige, wenigstens partielle Vermögensliquidation gerecht zu werden, so würde offenbar der Glaube des Schuldners an seine Zahlungsfähigkeit in diesem Sinne noch nicht ausreichen, um selbst bei ganz reellen Veräußerungsgeschäften die Absicht desselben, seine Gläubiger zu benachtheiligen, mit Nothwendigkeit auszuschließen. Nun ist aber nach dem jetzigen gesetzlichen Sprachgebrauche unter „Zahlungsunfähigkeit" gerade die im Allgemeinen vorliegende Unfähigkeit, die fälligen Schulden aus bereiten Mitteln zu berichtigen, zu verstehen. Dies geht aus § 94 Abs. 2 der K. K. O. hervor, wo als ein Hauptfall der Zahlungsunfähigkeit die Zahlungseinstellung angeführt ist, welche zweifellos auch ohne Ueberschuldung stattfinden kann, und die Motive zum § 94 stimmen damit überein. Wer in diesem Sinne zahlungsfähig zu sein glaubt, der kann in der That bei einem zum werthentsprechenden Preise vorgenommenen Verkaufe niemals das Bewußtsein haben, daß er dadurch seine Gläubiger schädige, selbst dann nicht, wenn er den Erlös zur Befriedigung eines einzelnen Gläubigers verwendet; denn es ist nicht abzusehen, wie er dadurch dann den andern Gläubigern gegenüber an Zahlungsfähigkeit einbüßen könnte. VI. C. S. i. S. Zwilgmeyer c. Brunswig, vom 15. März 1888, Nr. 9/88 VI.

Zum Gesetz über die Gebühren der Zeugen und Sachverständigen.

10. Nach § 17 Abs. 3 des Gesetzes findet gegen die Festsetzung der einem Zeugen oder Sachverständigen zu gewährenden Beträge in Civilsachen die Beschwerde nach Maßgabe der §§ 531 bis 538 der C. P. O. statt. Nach § 531 a. a. O. entscheidet über die Beschwerde das im Instanzenzuge höhere Gericht. Angefochten ist hier eine Entscheidung des Königlichen Amtsgerichts, folglich geht die Beschwerde an das Königliche Landgericht. (§ 71 G. V. G.). Der bei Abgabe der Beschwerde an das R. G. mißverständlich citirte Beschluß des R. G. (Bd. 17 S. 352) steht dem nicht entgegen. Derselbe entscheidet die Frage, ob die direkte Beschwerde gegen die Festsetzung von Zeugen- oder Sachverständigengebühren durch einen beauftragten oder ersuchten Richter nach § 539 der C. P. O. ausgeschlossen, also zunächst die Entscheidung des Prozeßgerichts nachzusuchen sei, verneinend, läßt also die direkte Beschwerde zu, die dann natürlich, wie auch in den Gründen jener Entscheidung ausdrücklich anerkannt ist, dem gewöhnlichen Instanzenzuge folgt. Hierbei ist nun zu unterscheiden, ob die angefochtene Festsetzungsverfügung durch einen beauftragten Richter, (wie in dem jener reichsgerichtlichen Entscheidung zu Grunde liegenden Falle), oder durch einen ersuchten Richter erfolgt. Der beauftragte Richter (§ 326 C. P. O.) bildet als solcher keine besondere Instanz; er entscheidet an Stelle des Prozeßgerichts, dem er angehört, die Beschwerde gegen seine Entscheidung, soweit sie zulässig, geht also an die dem Prozeßgericht übergeordnete Instanz, das war in dem der mehrerwähnten reichsgerichtlichen Entscheidung zu Grunde liegenden Falle das R. G. Anders wenn die anzufechtende Entscheidung, wie in dem hier vorliegenden Falle, von einem ersuchten Gericht (§ 327 a. a. O.) getroffen ist. Insoweit hier nicht § 539 a. a. O. Platz greift, kann die Beschwerde nur an die dem ersuchten Gericht zunächst übergeordnete Instanz gehen. Es fehlt an jedem Anhalt dafür, die dem ersuchenden Gericht, welches die angefochtene Entscheidung nicht erlassen hat, übergeordnete Instanz zu setzen. V. C. S. i. S. Ackermann c. Gerstein vom 7. März 1888, B. Nr. 36/88 V.

II. **Das Handelsrecht.**

11. Die in Art. 20 des H. G. B. enthaltene Vorschrift ist von der Absicht, in welcher die neue Firma gewählt wurde, und mithin auch von der arglistigen Absicht, vermöge derselben einer bereits bestehenden Firma unlautere Konkurrenz zu machen, gänzlich unabhängig. Allerdings enthält das H. G. B. in Art. 27 noch die Bestimmung, daß Derjenige, welcher durch den unbefugten Gebrauch einer Firma in seinen Rechten verletzt ist, den Unberechtigten auf Unterlassung der weiteren Führung der Firma (und auf Schadensersatz) belangen kann. Aber diese Bestimmung ist hier nicht anwendbar, da es an der Voraussetzung des unbefugten Gebrauches der Firma fehlt, wenn Jemand eine ihm an sich zustehende Firma führt, ohne daß das Gesetz (Art. 20 des H. G. B.) ihm dies untersagt, wie im vorliegenden Falle ohne Rechtsirrthum vom B. G. angenommen ist. Der Umstand allein, daß der berechtigte Gebrauch einer Firma einen Anderen schädigt, begründet noch keinen Anspruch des Letzteren auf Untersagung des Gebrauches der Firma und von einer gerichtsseitigen Begünstigung Desjenigen, welcher mit dem berechtigten Gebrauche einer Firma die Absicht ihres Mißbrauches zur Betreibung unlauterer Konkurrenz verbindet, kann keine Rede sein, wenn das Gericht dem Kl. einen weiteren Rechtsschutz versagt, als das Gesetz dem Kl. verliehen hat. Die aus Art. 1392 ff. des c. c. von der französischen Rechtsprechung hergeleiteten Grundsätze von der concurrence déloyale haben im H. G. B. und in dem, im vorliegenden Falle eventuell zur Anwendung kommenden Gemeinen Rechte keinen Boden. Wenn die Absicht des Art. 20 des H. G. B., die Verwechselung einer neuen Firma mit einer bereits an demselben Orte bestehenden Firma möglichst zu verhüten, durch den

gewollten und aus dem Gesetze erkennbaren Inhalt seiner Bestimmungen nicht genügend erreicht sein sollte, kann eine Abhülfe nur im Wege der Gesetzgebung geschaffen werden. Der in dem Kommentar zum H. G. B. von Anschütz und Völderndorff am Schlusse der Ausführungen zu Art. 20 aufgestellte Satz: „Dagegen ist, sobald es sich zeigt, daß eine dolose Konkurrenz getrieben werden soll, auf entschiedene Unterscheidungsmerkmale zu dringen" verdient hiernach keine Billigung, sofern er dahin verstanden werden müßte, daß in dem bezeichneten Falle die in Art. 20 verlangte deutliche Unterscheidung in einem weitergehenden Sinne aufzufassen sei. Der Fall in Bd. 6 S. 246 ff. der Entscheidungen des R. O. H. G. hatte einen ganz anderen Thatbestand zur Grundlage, da hier die Eintragung der neuen Firma durch unwahre Angaben lediglich erschlichen war. Das Gleiche gilt von der in Bd. 3 S. 120 ff. abgedruckten Entscheidung des R. G. in Civilsachen, indem derselbe darauf beruht, daß Jemand, der selbst kein Handelsgeschäft betreibt, seinen Namen als Firma lediglich zu dem Zwecke eintragen läßt, damit von demselben für das Handelsgeschäft eines Anderen Gebrauch gemacht werden könne. Die Entscheidung des R. G. in Bd. 7 S. 279 ff. endlich bezieht sich nur auf einen Fall, in welchem ein Einzelkaufmann dem Art. 16 des H. G. B. zuwider sich für sein Geschäft einer Firma bediente, welche nicht seinen, sondern des Kl.'s Familiennamen enthielt. I. C. S. i. S. Schultz c. Benecke vom 7. Dezember 1887, Nr. 294/87 I.

12. Es handelt sich darum, wie die Art. 180g Abs. 1, 215 Abs. 2 und 242 Abs. 1 Ziff. 2 auszulegen sind, insbesondere um die Frage, was unter dem „in der Generalversammlung vertretenen Grundkapital" zu verstehen ist. In thatsächlicher Beziehung steht fest, daß die statutenmäßig vorgeschriebene Mehrheit vorhanden war, wenn nur dasjenige Grundkapital bei Berechnung der Mehrheit zu berücksichtigen ist, das sich im Besitze der abstimmenden Aktionäre befand, daß dieselbe dagegen fehlte, wenn auch dasjenige Kapital bei der Berechnung berücksichtigt werden muß, das die bei Eröffnung der Generalversammlung anwesenden aber bei der Abstimmung nicht mitwirkenden Aktionäre besaßen. An sich würde hiernach sowohl der Fall, daß die bei Eröffnung der Generalversammlung anwesenden, bei der Abstimmung aber nicht mitwirkenden Aktionäre sich vor der Abstimmung entfernten, als der weitere Fall ins Auge zu fassen sein, daß dieselben zwar zur Zeit der Abstimmung noch anwesend waren, sich aber an derselben nicht betheiligten. Da das B. G. als thatsächlich feststehend angenommen hat, vor der Abstimmung hätten sich keine Aktionäre entfernt, vielmehr sei zur Zeit derselben noch die bei Beginn der Versammlung festgestellte Anzahl von Stammprioritätsaktien in der Generalversammlung anwesend gewesen, ist aber lediglich die Frage zu entscheiden, ob derjenige Theil des Grundkapitals, welcher sich im Besitz der bei der Abstimmung noch anwesenden, an derselben aber nicht theilnehmenden Aktionäre befand, als in der Generalversammlung „vertreten" zu gelten hat. Diese Frage ist mit dem B. G. zu verneinen. Aus dem Wortlaute der in Frage stehenden Vorschrift allein kann die Entscheidung nicht entnommen werden, denn dieser verträgt sich sowohl mit der Annahme, daß dasjenige Grundkapital „vertreten" ist, das sich im Besitze der in der Generalversammlung anwesenden Aktionäre befindet, als mit der Auffassung, nach welcher nur diejenigen Aktionäre, welche sich an der Beschlußfassung betheiligen, das in ihrem Besitz befindliche Aktienkapital in der Generalversammlung vertreten. Auch die von dem B. G. in Bezug genommene Begründung zu Art. 215 des H. G. B., welche allerdings mehr für als gegen dessen Auffassung spricht, ergiebt keine Anhaltspunkte, welche die bei der Auslegung hervortretenden Zweifel beseitigen. Bei Ermittelung des Sinnes der in Frage stehenden Bestimmungen muß hiernach auf den Zweck derselben und auf die Natur der Sache das entscheidende Gewicht gelegt werden. Auf diesem Wege gelangt man aber zu der Auffassung, für welche sich das B. G. entschieden hat. Im Allgemeinen ist, wenn die Ermittelung einer durch Abstimmung erzielten Mehrheit in Frage steht, davon auszugehen, daß bei der Berechnung derselben nur die Stimmen derjenigen Stimmberechtigten in Betracht kommen, welche sich bei der Abstimmung betheiligt und dadurch ihren Willen kundgegeben haben, bei der Entscheidung mitzuwirken. Wer sich an der Abstimmung nicht betheiligt, obgleich er bei derselben anwesend, ihm also Gelegenheit gegeben ist, seinen Willen kundzugeben, giebt dadurch zu erkennen, daß er von seinem Stimmrecht keinen Gebrauch machen, sondern die Entscheidung den übrigen Betheiligten, welche bei der Abstimmung mitwirken, überlassen will. Er nimmt an sich keine andere Stellung zur Sache ein, wie derjenige, welcher sich vor der Abstimmung aus der Versammlung entfernt. Seiner Absicht wird hiernach nur dann entsprochen, wenn auf das ihm zustehende, aber von ihm nicht ausgeübte Stimmenrecht keinerlei Rücksicht genommen, sondern er in Ansehung der Mehrheitsberechnung ebenso behandelt wird, wie diejenigen Stimmberechtigten, welche sich bei der Versammlung gar nicht eingefunden oder vor derselben wieder entfernt haben. Es ist deshalb im Zweifel nicht anzunehmen, daß die Aktien derjenigen Aktionäre, welche an einer Abstimmung nicht theilgenommen haben, obgleich sie in der Generalversammlung anwesend waren, bei Berechnung der Stimmenmehrheit mitgezählt werden sollen. Vielmehr ist, wenn nicht ausdrücklich etwas Anderes bestimmt ist, die Stimmenmehrheit nach der Zahl der abgegebenen Stimmen zu berechnen. Dafür spricht auch die Vorschrift des Art. 221 des H. G. B., nach welcher die den Aktionären in den Angelegenheiten der Gesellschaft zustehenden Rechte in der Generalversammlung durch Beschlußfassung der erschienenen Aktionäre ausgeübt werden, diejenigen, welche sich an dieser Beschlußfassung nicht betheiligen, sonach, soweit die Abstimmung in Frage steht, ebenso auf die Ausübung ihrer Rechte verzichten, wie die Aktionäre, welche gar nicht erschienen sind. Würde es sich um die Auslegung einer Vorschrift handeln, nach welcher eine bestimmte Mehrheit „der in der Generalversammlung vertretenen Aktien" erforderlich ist, so würden hiernach als „vertreten" im Sinne einer derartigen Bestimmung nur diejenigen Aktien gelten können, deren Inhaber nicht bloß in der Generalversammlung anwesend waren, sondern sich auch an der in Frage stehenden Abstimmung betheiligten. Ob in dem einzelnen Falle eine einfache Mehrheit genügt oder eine größere Mehrheit vorgeschrieben ist, kann für die hier zu entscheidende Frage einen Unterschied nicht bewirken. Ebensowenig kommt darauf etwas an, ob im Sinne des Gesetzes, wie der

Rkl. geltend gemacht hat, unter der einfachen Stimmenmehrheit die absolute Mehrheit zu verstehen ist, oder, wo einfache Stimmenmehrheit vorgeschrieben ist, eine relative Mehrheit genügt. Auch wenn die Mehrheit eine absolute sein, d. h. eine Stimme über die Hälfte der in Betracht kommenden Stimmen enthalten muß, entsteht die Frage, ob lediglich die abgegebenen oder auch die Stimmen derjenigen Aktionäre zu berücksichtigen sind, welche sich der Abstimmung enthalten haben. Auch hier muß die Frage aber in der angegebenen Weise entschieden werden. Ist die dargelegte Auffassung richtig, soweit es sich um die Berechnung der gewöhnlichen Mehrheit (Aktienmehrheit) handelt, bei welcher es lediglich auf die Zahl der an die einzelnen Aktien geknüpften Stimmen ankommt, so liegt es nahe, daß auch soweit eine doppelte Mehrheit (nach Zahl der Aktien und Betheiligung am Grundkapital) vorgeschrieben ist, dieselben Gesichtspunkte maßgebend sind. In der That wird auch die entgegengesetzte Auffassung, nach welcher die Aktien derjenigen Aktionäre, welche sich der Abstimmung enthalten, bei der Berechnung der Mehrheit von $^3/_4$ des vertretenen Grundkapitals zu berücksichtigen ist, durch keinerlei innere Gründe gerechtfertigt. Wollte man, soweit neben einer Mehrheit der von der Zahl der Aktien abhängigen Stimmen eine Mehrheit von $^3/_4$ oder von einem anderen Bruchtheil des Grundkapitals vorgeschrieben ist, in letzterer Richtung von einer anderen als derjenigen Auffassung ausgehen, welche hinsichtlich der Berechnung der gewöhnlichen Stimmenmehrheit dargelegt worden ist, so würde die Haltung derjenigen Aktionäre, welche sich bei der Abstimmung nicht betheiligen, zwar insoweit ohne Einfluß sein, als es sich um die Mehrheit der abgegebenen, von der Zahl der Aktien abhängigen, Stimmen handelt. Dagegen könnte die Thatsache, daß die erwähnten Personen, statt sich zu entfernen, in der Generalversammlung verblieben sind, von entscheidender Bedeutung sein, soweit die Mehrheit des in der Generalversammlung vertretenen Grundkapitals in Frage steht. Der Antheil dieser Personen an dem Grundkapital könnte zwar niemals zu Gunsten eines Antrags in das Gewicht fallen, wohl aber die Folge haben, daß ein Antrag, der an sich die Mehrheit der abgegebenen Stimmen und von drei Viertheilen des im Besitz der abstimmenden Aktionäre befindlichen Grundkapitals für sich hat, zu Fall gebracht würde, obgleich die Inhaber des entscheidenden Antheils am Grundkapital ausdrücklich erklärt haben, daß sie weder für noch gegen den Antrag erklären könnten oder wollten. Dieses mindestens auffallende Ergebniß würde aber nicht bloß dem muthmaßlichen Willen der in Frage stehenden Aktionäre widersprechen, sondern ist auch mit dem Zweck nicht zu vereinbaren, der durch die in Frage stehende Vorschrift erreicht werden soll. Wenn vorgeschrieben wird, daß außer der Mehrheit der abgegebenen Stimmen noch eine bestimmte Mehrheit des Aktienkapitals für einen Antrag in die Wagschale geworfen werden müsse, so hat dies offenbar darin seinen Grund, daß es nicht bloß auf die *Zahl* der für den Antrag eintretenden Aktionäre und auf deren zu ihrem Aktienbesitz häufig im Mißverhältniß stehende Stimmberechtigung, sondern auch auf ihr *Interesse* an der Gesellschaft und den *Umfang ihrer Betheiligung* ankomme. In gewissen Fällen sollen die *abgegebenen Stimmen*, welche nicht immer der vorhandenen Kapitalbetheiligung entsprechen, nicht blos gezählt, sondern unter Berücksichtigung des hinter denselben stehenden Kapitals auch gewogen werden, was bei einer Gesellschaft, bei welcher sich die Gesellschafter nur mit Kapital-Einlage betheiligen, sehr erklärlich ist. Diesem Zweck entspricht es, daß bei der vorgeschriebenen Mehrheit des vertretenen Grundkapitals nur diejenigen Aktien als vertreten geltend berücksichtigt werden, welche sich im Besitz der *abstimmenden* Aktionäre befinden. Dagegen liegt kein Grund vor, auch dasjenige Grundkapital als „in der Generalversammlung vertreten" anzusehen, dessen Inhaber sich bei der Beschlußfassung überhaupt nicht betheiligen wollen oder von der Theilnahme an derselben ausgeschlossen sind. Diejenigen Aktien, welche mit Rücksicht auf die in den Statuten enthaltenen Vorschriften ein Stimmrecht nicht gewähren, weil jeder Aktionär ohne Rücksicht auf die Zahl der Aktien, welche er besitzt, auf eine bestimmte Anzahl von Stimmen beschränkt ist, sind unzweifelhaft bei der Berechnung des in der Generalversammlung vertretenen Grundkapitals zu berücksichtigen. Der hier in Frage stehende Theil des Grundkapitals ist in der Generalversammlung vertreten durch die Inhaber der in Frage stehenden Aktien, welche die ihnen zustehenden Rechte durch Theilnahme an der Beschlußfassung ausüben, und in dieser Weise alle Befugnisse geltend machen, welche ihnen ihr Aktienbesitz gewährt. In dieser, soweit es sich um die Aktienmehrheit handelt, ein Stimmrecht nicht gewährende Theil des Grundkapitals soll gerade durch die in Frage stehenden Vorschriften, welche ein Gegengewicht gegen die Beschränkung des Stimmrechts auf einen Höchstbetrag von Stimmen enthalten, geschützt werden. Dagegen kann nicht angenommen werden, daß der Antheil, welcher denjenigen Kommanditisten und Aktionären am Grundkapital zusteht, denen ihr Stimmrecht für bestimmte Fälle entzogen ist (Art. 190 und 221 des H. G. B.), insbesondere der den persönlich haftenden Gesellschaftern am Gesammtkapital der Kommanditisten zustehende Antheil oder Aktienbesitz, bei der Berechnung des in der Generalversammlung vertretenen Grundkapitals zu berücksichtigen ist. Sonst würde diesen Personen, welchen das Gesetz das Stimmrecht entzogen hat, thatsächlich immerhin die Möglichkeit gewährt, durch ihre bloße Anwesenheit in der Versammlung einen Einfluß auf die Entscheidung auszuüben, insbesondere zu bewirken, daß ein ihnen mißfallender Antrag die Mehrheit nicht erhält. Hiernach hat das B. G. mit Recht angenommen, daß nur dasjenige Grundkapital, das sich im Besitz der an der Abstimmung theilnehmenden Aktionäre befindet und durch diese Aktionäre bei der entscheidenden Abstimmung zur Geltung gebracht und in gewissem Sinne repräsentirt wird, im Sinne des Gesetzes als „*in der Generalversammlung vertreten*" anzusehen ist, die Aktionäre, welche sich der Abstimmung enthalten, dagegen ebensowenig mit ihrem Aktienbesitz bei der Berechnung der Kapitalmehrheit in Betracht kommen, als bei der gewöhnlichen Stimmenmehrheit auf deren Stimmen Rücksicht genommen werden darf. Es wird sonach ohne Erfolg geltend gemacht, daß der angefochtenen Entscheidung eine rechtsirrthümliche Auffassung zu Grund liege. II. C. S. i. S. Marx c. Tüll u. Gen. vom 9. März 1888, Nr. 6/88 II.

13. Nach den Art. 190a und 222 des H. G. B. in seiner neuen Fassung ist der in der Generalversammlung erschienene Kommanditist oder Aktionär, welcher gegen einen Beschluß der Generalversammlung Widerspruch zum Protokoll

erklärt hat, zur Anfechtung dieses Beschlusses befugt. Eine besondere Begründung des Widerspruchs ist nicht vorgeschrieben. Der Aktionär, welcher gegen einen bestimmten Beschluß Widerspruch erhoben und sich dadurch die Befugniß zur Anfechtung desselben gesichert hat, ist deshalb bezüglich der von ihm in der Klage geltend zu machenden Anfechtungsgründe unbeschränkt und kann selbst dann, wenn er in der Generalversammlung seinen Widerspruch auf bestimmte Gründe gestützt, zur Begründung der Anfechtungsklage alle dem angefochtenen Beschluß anklebenden Mängel geltend machen, ohne daß ihm entgegen gehalten werden kann, der von ihm erhobene, lediglich zum Zweck der Legitimation des Kl. vorgeschriebene, Widerspruch sei auf andere Gründe gestützt worden. Im vorliegenden Falle hat nun der Kl. zu Protokoll erklärt, daß er gegen die Beschlußfassung über den Antrag v. S. Protest erhebe. Dadurch hat derselbe der in Art. 190 a des H. G. B. gegebenen Vorschrift genügt. Den erhobenen Widerspruch nach der Mittheilung des Ergebnisses der Abstimmung nochmals zu wiederholen und zu begründen, war derselbe nicht verpflichtet. II. C. S. i. S. Marx c. Tüll und Gen. vom 9. März 1888, Nr. 6/88 II.

14. Nach Art. 278 des H. G. B. soll der Richter allerdings nicht blos auf den buchstäblichen Sinn der gebrauchten Worte sehen. Immerhin aber kommt es zunächst auf den Wortsinn an. Dies wird in dem Schlußsatze mit der Fassung: „Der Richter hat nicht an dem buchstäblichen Sinne zu haften“ hinreichend angedeutet. Nur dann entscheidet der Wortsinn nicht, wenn Anlaß vorliegt, einen davon abweichenden Willen der Vertragschließenden zu unterstellen. Das O. L. G. verweist zuvöderst auf die Worte der fraglichen Policebestimmung. Daraus wird ohne Gesetzesverletzung gefolgert, daß die Parteien keine Vereinbarung darüber getroffen haben, der Versicherungswerth solle zum Voraus auf eine bestimmte Summe (die noch durch Taxe auszumittelnde Summe) festgestellt sein. Außerdem sind jedoch noch andere Umstände für die Auslegung herangezogen worden; insbesondere der, daß eine solche Vereinbarung dem Gewöhnlichen und Regelmäßigen nicht entsprechen würde. Dieser Umstand konnte mit zur Erforschung des Vertragswillens dienen. Der kaufmännische Geschäftsverkehr beobachtet im Zweifel das Gewöhnliche. Im Zweifel muß also davon ausgegangen werden, daß die Parteien auch das Gewöhnliche beabsichtigten. (Reichsoberhandelsgerichtsentscheidungen Bd. 4 S. 405 Nr. 83.) VI. C. S. i. S. Graf Luckner c. Aachener und Münchener F. V. G. vom 1. März 1888, Nr. 322/87 VI.

15. Die für eine bestimmte Saldoforderung bestellte Sicherheit erlischt, wenn dieser Saldo in neue Rechnung übertragen und durch eine Saldoziehung ausgeglichen ist (Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. 10 S. 53, Bd. 18 S. 246). III. C. S. i. S. v. Gauerstädt c. Weimarische Bank vom 3. März 1888, Nr. 13/88 III.

16. Es erscheint unrichtig, das Erforderniß der Schriftform für die in Rede stehende Vollmacht im Gegensatze zu der Formlosigkeit der Vollmachten für Handelsgeschäfte aus dem Grunde festzuhalten, weil die Verwaltung eines Gutes kein Handelsgeschäft sei. Die Verwaltung eines Gutes läßt sich überhaupt nicht als ein einheitliches Rechtsgeschäft in der Art bestimmen, daß von ihr gesagt werden kann, sie sei ein Handelsgeschäft oder sie sei kein solches. Es können bei ihr eine ganze Reihe der verschiedensten Rechtsgeschäfte in Frage kommen. Handelsgeschäfte sind dabei der Natur der Sache noch nicht ausgeschlossen. Die Vollmacht zur Verwaltung und Bewirthschaftung eines Gutes enthält für den Bevollmächtigten die Ermächtigung, mit verbindlicher Kraft für den Machtgeber alle diejenigen Rechtsgeschäfte vorzunehmen, ohne welche eine ordnungsmäßige Verwaltung und Bewirthschaftung nicht stattfinden kann. Diese Rechtsgeschäfte können Handelsgeschäfte sein oder außerhalb des Bereichs der Handelsgeschäfte liegen. Die Vollmacht zur Gutsverwaltung kann also begriffsmäßig die Ermächtigung zur Abschließung von Handelsgeschäften mit verbindlicher Kraft für den Machtgeber einschließen. Und insoweit der Bevollmächtigte durch die Gutsverwaltungsvollmacht zur Vornahme von Handelsgeschäften ermächtigt erscheint, kann sich der Machtgeber der Haftung aus den in seinem Namen abgeschlossenen Geschäften nicht durch die Berufung auf den § 8 Thl. I Tit. 13 des A. L. R. entziehen. Hier ist der Art. 298 des H. G. B. normgebend. IV. C. S. i. S. Goldberg c. Fischer vom 17. Februar 1888, Nr. 336/87 IV.

III. Sonstige Reichsgesetze.

Zur Reichsgewerbeordnung.

17. Die Vorschrift in § 120 der R. Gew. O., daß der Fabrikunternehmer verpflichtet sei, alle diejenigen Einrichtungen herzustellen und zu unterhalten, welche mit Rücksicht auf die besondere Beschaffenheit des Gewerbebetriebs und der Fabrikstätte zu thunlichster Sicherung der Arbeiter gegen Gefahr für Leben und Gesundheit nothwendig sind, ist, wie das B. G. richtig hervorhebt, eine zwingende, eine Zwangspflicht, von welcher der Gewerbeunternehmer nicht dadurch sich befreien kann, daß er die Betriebsstätte durch einen in seinem Betriebe beschäftigten Arbeiter herstellen läßt. Auch wenn dieser für einen Sachverständigen sich ausgiebt, so wird dadurch die Verpflichtung des Gewerbeunternehmers nicht beseitigt, selbst dafür zu sorgen, daß die zur thunlichsten Beseitigung der Gefahren für Leben und Gesundheit der Arbeiter nothwendigen Einrichtungen getroffen werden, gleichviel ob der Gewerbeunternehmer selbst das Erforderliche übersehen konnte oder nicht, ob er eine Einzelperson, eine Aktiengesellschaft oder Anstalt ist. III. C. S. i. S. Marschbahn c. Rix vom 28. Februar 1888, Nr. 291/87 III.

Zum Reichshaftpflichtgesetz.

18. Mit Recht geht der B. R. davon aus, daß unter den Verhältnissen, bei deren wesentlicher Veränderung eine Erhöhung der Rente gefordert werden kann, nicht blos die persönliche Erwerbsfähigkeit zu verstehen sei, sondern daß auch außerhalb der Person des Verletzten liegende äußere Umstände, welche die Möglichkeit der Verwerthung der Arbeitskraft bedingen, in Betracht zu ziehen sind (vergl. Entscheidungen des R. O. H. G. Bd. 22 S. 154). Er versagt aber der Dienstentlassung die Berücksichtigung, weil dieselbe bereits am 11. Juni 1884 erfolgt, das Urtheil im Vorprozesse aber erst am 14. Juli 1884 erlassen worden sei, indem er davon ausgeht, daß nur eine inzwischen, das heißt „seit der rechtskräftigen Zuerkennung der Rente“ eingetretene Veränderung die Nachtragsklage rechtfertigen könne, und daß Kl. die Entlassung im Vorprozesse hätte geltend machen müssen. Diese Gründe erscheinen nicht geeignet, die Entscheidung zu rechtfertigen. Das Haftpflichtgesetz stellt als Voraussetzung der Nachtragsklage eine Veränderung derjenigen Verhält-

nisse auf, welche für die Feststellung der Rente maßgebend waren. Es fordert auch, wie durch das Wort „ebenso" angedeutet wird, daß die Veränderung „inzwischen" eingetreten sei. Der entscheidende Zeitpunkt ist aber nach den klaren Worten des Gesetzes nicht derjenige der Rechtskraft des früheren Urtheils, wie der B. R. annimmt, und nicht einmal derjenige der Urtheilsverkündigung, sondern derjenige, welchen der Richter im Vorprozesse der Bemessung der Rente zu Grunde gelegt hat. Dies entspricht auch der Absicht des Gesetzgebers, welcher mit der angeführten Bestimmung eine Ausnahme von den Grundsätzen über die Rechtskraft feststellt. Der Zweck dieses Gesetzes würde in allen denjenigen Fällen vereitelt werden, in welchen der Kl. auch ohne jedes Verschulden die Geltendmachung einer im Laufe des Rechtsstreites und selbst bis zum Eintritte der Rechtskraft eingetretene Veränderung unterlassen hätte. Der B. R. nimmt im vorliegenden Falle ein solches Verschulden an, indem er aufstellt, daß Kl. die Dienstentlassung im Vorprozesse hätte geltend machen müssen. Es ist zuzugeben, daß derjenige, welcher nach dem Haftpflichtgesetz in Anspruch genommen wird, die Einwendungen, welche er gegen den Anspruch selbst und gegen die Höhe der Entschädigung zu machen hat, nach allgemeinen Regeln in dem Entschädigungsprozesse geltend machen muß, widrigenfalls er mit denselben ausgeschlossen wird (vergl. Entscheidungen des R. G. Bd. 5 S. 100). Diese prozessuale Verpflichtung bezieht sich auch nach dem Gesetze insofern auf den Verletzten, als derselbe die nachträgliche Erhöhung der Rente nicht wegen solcher Umstände fordern kann, welche bereits zur Zeit der Klageerhebung vorhanden waren und in der Klage geltend gemacht werden konnten. Ist aber, wie im vorliegenden Falle behauptet wird, die wesentliche Veränderung erst im Laufe des Rechtsstreites eingetreten, so war zwar nach § 240 der C. P. O. die Möglichkeit einer Klageerweiterung nicht ausgeschlossen, aber es bestand keine prozessuale Verpflichtung, von der durch das Gesetz gewährten Befugniß Gebrauch zu machen. Kl. behauptet, er habe der Dienstentlassung keine besondere Bedeutung beigelegt, weil er gehofft habe, den Rest seiner Arbeitskraft anderweit verwerthen zu können und er habe erst durch seine mißlungenen Versuche erfahren, daß durch die Entlassung sein Schaden erheblich vergrößert worden sei. Er konnte auch ein wesentliches Interesse daran haben, die Entscheidung des Prozesses nicht durch Geltendmachung der Veränderung zu verzögern. In der Unterlassung der Klageerweiterung liegt daher weder ein Verzicht auf Geltendmachung der behaupteten Veränderung noch ein mit dem Verluste des Anspruches verknüpfter prozessualer Verstoß. II. C. S. i. S. de Reuter c. Fiskus vom 28. Februar 1888, Nr. 340/87 II.

Zu den Reichsstempelgesetzen.

19. Der § 11 des R. Ges. vom 1. Juli 1881 bestimmt, daß die nach Nummer 4 des Tarifs reichsstempelpflichtigen Schriftstücke im übrigen einer weiteren Landesstempelabgabe nicht unterliegen sollen, und diese Fassung des Gesetzes führt zu der Annahme, daß der Gesetzgeber derartige Urkunden nach ihrem vollen Inhalte, soweit solcher nur auf die fraglichen Geschäfte Bezug hat, und dies trifft auf die Abrede, daß die aus dem Vertrage entstehenden Streitigkeiten durch Schiedsspruch entschieden werden sollen, zu, der landesgesetzlichen Besteuerung entziehen wollte, — wie solches gleichfalls von dem R. G. schon anderweit (in dem Urtheile vom 12. Januar 1888 in Sachen Wollheim c. Fiskus II 329/87) ausgeführt ist. IV. C. S. i. S. Culmitz c. Fiskus vom 27. Februar 1888, Nr. 341/87 IV.

IV. **Das Gemeine Recht.**

20. Das Vermögen der Frau, mag dasselbe aus einer Mitgift oder anderswo herrühren, ist, soweit die Frau es nicht — ausdrücklich oder stillschweigend — dem Manne zur Dos gegeben hat, ihr freies Vermögen (Paraphernalgut) und die deutschen Ausdrücke „Heirathsgut, Mitgift, Aussteuer" u. s. w. lassen die Frage offen, nach welchen Grundsätzen solches Heirathsgut u. s. w. zu beurtheilen ist. Wird ein Vermögensgegenstand der Frau als Dotalsache in Anspruch genommen, so muß die Bestellung zur Dos (welche beklagtischer Seits im vorliegenden Falle garnicht einmal behauptet ist) bewiesen werden, wozu auch die bloße Illation nicht genügen würde. Vergl. Richter, Pandekten § 423 und Windscheid, Pandekten, Bd. 2 § 491 Anm. 4 und § 507. I. C. S. i. S. Sohler & Comp. c. Sohler vom 4. Januar 1888, Nr. 324/87 I.

21. Die l. 13 D. de sol. 46,3 und l. 12 § 2 D. rat. rem hab. 46,8 überlassen die Bestimmung der Zeitgrenze, bis zu welcher der andere Kontrahent auf die Ratihabition zu warten habe, völlig dem richterlichen Ermessen. VI. C. S. i. S. Allartz c. Billerbeck vom 20. Februar 1888, Nr. 323/87 VI.

22. Was von der ausdrücklichen Erklärung über die Forderung, welche durch eine Zahlung getilgt werden soll, gilt, muß nothwendig auch gelten, wenn nach allgemeinen Grundsätzen die betreffende Zahlung als auf eine bestimmte Forderung geleistet anzusehen ist. Die indistinkt geleistete Zahlung erhält durch Rechtssatz im Moment der Leistung die erforderliche Distinktion. Daß aber die ältesten Forderungen, auf welche die fraglichen Zahlungen als geleistet zu gelten haben, die Darlehnsforderungen sind, für welche der Kläger die Haftung ablehnt, wird vom B. R. ohne Rechtsirrthum festgestellt. I. C. S. i. S. von Richthofen c. Siebert vom 15. Februar 1888, Nr. 323/87 I.

23. Das R. G. hält daran fest, daß nach Römischem Recht der Verkäufer zwar zur Vornahme der zur Uebertragung des Eigenthums hypothetisch erforderlichen Handlungen, nicht aber zur Uebertragung des Eigenthums selbst verpflichtet ist, und findet auch keinerlei Grund, ein hiervon abweichendes gemeines Deutsches Gewohnheitsrecht anzunehmen, welches den Verkäufer zur Eigenthumsübertragung verbindlich gemacht hätte: hiernach entsteht also der Anspruch auf Ersatz für Entwehrung erst mit der wirklichen Eviktion. VI. C. S. i. S. Brandes c. Wurm vom 6. Februar 1888, Nr. 300/87 VI.

24. Das B. G. nimmt ganz richtig an, daß vermöge der zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts ertheilten Vollmacht der Vollmachtgeber aus dem in seinem Namen innerhalb der durch die Vollmacht gezogenen formellen Grenze abgeschlossenen Rechtsgeschäfte dem dritten Kontrahenten gegenüber ohne Rücksicht darauf haftet, ob der Bevollmächtigte sachlich angemessen und den Interessen des Vollmachtgebers entsprechend gehandelt hat. I. C. S. i. S. Andersen c. Bachmann vom 5. Dezember 1887, Nr. 288/87 I.

V. **Das Preußische Allgemeine Landrecht.**

25. Allgemeine Vortheile, welche die neue gesundheitspolizeiliche Anlage mit sich bringt, sind für das Restgrundstück

nicht in Abzug zu bringen, da sonst der geschädigte Eigenthümer diejenigen Vortheile bezahlen müßte, welche die übrigen Eigenthümer umsonst genießen. Für das Expropriationsverfahren ist dieser Grundsatz der Rechtsprechung der herrschende, auch vom R. G. im Urtheil vom 9. November 1887 V. 192 — 87 als richtig anerkannt. Er muß aber auch auf das vorliegende Rechtsverhältniß Anwendung finden. Das öffentliche Recht legt, wie die Rbkl. zutreffend ausführt, der beklagten Stadtgemeinde im Interesse der Gesammtheit die Verpflichtung auf, die gesundheitsschädliche Anlage zu beseitigen, und lediglich in Erfüllung dieser öffentlich-rechtlichen Pflicht hat die Bekl. die Verlegung des Grabens vorgenommen. Privatrechtliche Beziehungen sind zwischen den Parteien hierdurch nur insoweit entstanden, als die Bekl. in die Rechtssphäre der Kl. eingegriffen hat. Ersatz für die dadurch entstandenen Vortheile kann die Bekl. sowenig von der Kl., wie von den übrigen Grundstücksbesitzern in Grabow fordern. Insbesondere kann, da dieselben nicht in der Lage sind, die Vortheile von sich abzulehnen, solche ihnen vielmehr aufgedrungen worden, weder von einer Geschäftsführung ohne Auftrag, noch von nützlicher Verwendung die Rede sein. Der B. R. hat daher mit Recht der Bekl. die Anrechnung der durch Beseitigung der gesundheitsschädlichen Anlage bewirkten Vortheile versagt. V. C. S. i. S. Stadt Grabow c. Heinsberg vom 7. März 1888, Nr. 320/87 V.

26. Daß Korporationen und Gemeinden Besitz nicht blos durch den Vorstand, sondern auch durch Beamte erwerben können, sagt das Gesetz ausdrücklich (§§ 32, 34 des A. L. R. Thl. I Tit. 7). Darnach ist nicht zu bezweifeln, daß Kirchengemeinden durch den Pfarrer als Kirchenbeamten die Ersitzung eines affirmativen Rechts anfangen und fortsetzen können, wie solches auch von dem vormaligen preußischen Obertribunal in dem Erkenntniß vom 16. Oktober 1868 (Striethorst, Archiv für Rechtsfälle, Bd. 72 S. 289) angenommen worden ist. Von diesem Grundsatze völlig verschieden ist die von dem Obertribunal in dem Plenarbeschlusse vom 5. Oktober 1863 (Entscheidungen, Bd. 50 S. 1) bejahte Frage, ob gegen den Pfarrer zum Nachtheile der Pfarre die Verjährung anfangen und fortgesetzt werden kann. IV. C. S. i. S. Fiskus c. Kirchengemeinde Schönwald vom 12. März 1888, Nr. 386/87 IV.

27. Was an indirekten Immissionen jeder Eigenthümer vom Nachbar ohne Weiteres zu ertragen hat, läßt sich aus dem Standpunkte der Gleichheit der neben einander bestehenden, in ihrer Benutzung und ihrem Werthe auf einander angewiesenen Eigenthumsrechte an einander benachbarten Grundstücken nur dahin bestimmen, daß es dasjenige sei, was mit der ordnungsmäßigen Benutzung der Grundstücke, insbesondere der städtischen Grundstücke, so wie sie nach den Bedürfnissen des täglichen Lebens der Regel nach von Jedem geschieht, nothwendig verbunden ist. Was innerhalb dieser Grenzen liegt, das zu ertragen, beansprucht nach der Natur des gemeinschaftlichen Lebens jeder Nachbar vom andern, und deshalb liegt darin für keinen derselben eine Ueberschreitung der eigenen Eigenthumsrechte. Zu der regelmäßigen Benutzungsart des Eigenthums in diesem Sinne wird unter Umständen auch der Gewerbebetrieb gerechnet werden dürfen, dann nämlich, wenn es sich um die, in einem gewissen Bezirk (einer Stadt, einem Stadttheile ꝛc. z. B. in einem Fabrikdistrikte) vorherrschenden, in ihren die Nachbarn belästigenden Wirkungen wesentlich gleichartigen Betriebe handelt, welche nach den besondern örtlichen Verhältnissen als die dort gemeinüblichen angesehen werden müssen. Hiervon abgesehen aber, kann der Gewerbebetrieb nicht als eine derart gemeinübliche Benutzung des Grundeigenthums angesehen werden, daß die Gleichheit der Eigenthumsrechte den Nachbarn verpflichtete, dessen Folgen lediglich deshalb zu tragen, weil sie mit dem Gewerbetriebe regelmäßig oder unzertrennlich verbunden sind. Auch die immer nur relative, Nothwendigkeit eines Gewerbebetriebes für die allgemeinen, insbesondere die städtischen Bedürfnisse bietet keinen Grund für die Annahme, daß die Ausübung dieses Betriebes mit allen seinen, wenn auch für diesen Betrieb regelmäßigen, Folgen innerhalb des zulässigen Gebrauches des Eigenthums liege, und ebenso wenig läßt ein Unterschied nach der Ausdehnung des Gewerbetriebs (ob fabrik- oder handwerksmäßig) sich grundsätzlich durchführen. So behandelt denn auch die Entscheidung des vormaligen Obertribunals vom 30. November 1876 (Entscheidungen Bd. 79 S. 1) den Fall von Immissionen aus dem Schornstein einer Schmiedewerkstatt und erachtet die Klage dagegen keineswegs deshalb für unbegründet, weil es sich um einen für die städtischen Bedürfnisse nothwendigen, handwerksmäßigen Betrieb handle; und das lübische Recht, dessen vergleichende Heranziehung gerade für den vorliegenden Fall nahe liegt, führt (Bd. III Tit. 12 Art. 12) unter den „gefährlichen, unleidlichen Handwerken", gegen deren Einrichtung es dem Nachbarn ein (— durch die neuere Gewerbegesetzgebung weggefallenes —) Einspruchsrecht gab, neben andern für die städtischen Bedürfnisse kaum entbehrlichen Handwerker (Brauer-, Kupferschläger-, Knochenhauer-, Böttchergewerbe) auch das Schmiedegewerbe auf. Das vom Rkl. angezogene Erkenntniß des R. G. (I. Senat) vom 29. März 1882 (Entscheidungen Bd. 6 S. 217), welches der Klage gegen die durch eine Druckerei innerhalb einer Stadt verursachten übermäßigen Ruhestörungen und Erschütterungen des Nachbarhauses Statt giebt, sagt nicht, daß unbedingt anders zu entscheiden sein würde, wenn dieselben Störungen die regelmäßigen Wirkungen eines für die städischen Bedürfnisse nothwendigen Handwerksbetriebes wären, sondern es enthält nur die beiläufige Bemerkung (a. a. O. S. 220): „Diese (die Zulässigkeit der Negatoria im gegebenen Falle rechtfertigenden) Sätze mögen eine Modifikation erleiden, wenn ein für das allgemeine Bedürfniß nothwendiges Gewerbe überhaupt nicht anders betrieben werden kann, als unter Erregung eines Menschen belästigenden Geräusches", (von den vorher erwähnten Erschütterungen ist an dieser Stelle nicht mehr die Rede), „gleichviel an welcher Stelle und gleichviel in welcher Weise das Gewerbe betrieben werden mag." Welche „Modifikationen" in der Beurtheilung der durch einen großen Fabrikbetrieb und der durch einen minder ungewöhnlichen Handwerksbetrieb in der That geboten sind, ergiebt sich aus folgender Erwägung. Wenngleich die Belästigungen durch den Gewerbebetrieb des Nachbarn nicht deshalb allein ertragen werden müssen, weil es sich um einen für das gemeine Bedürfniß nothwendigen und nicht ungewöhnlich ausgedehnten Betrieb handelt, so folgt daraus noch nicht, daß jeder aus einem solchen Betriebe hervorgehenden Belästigung mit der Negatoria entgegengetreten werden kann. Abgesehen von solchen Störungen der

Nachbarn, welche vorübergehender oder zufälliger Art sind, und schon deshalb nicht den Charakter eines Eingriffs in das Eigenthumsrecht des Nachbarn an sich tragen, ist auch bei solchen (dauernden) Rückwirkungen der Eigenthumsausübung des Einen auf die Eigenthumssphäre des Andern, welche ihrem Ursprunge und ihrer Art nach nicht auf die gemeinübliche Benutzung des Eigenthums zurückzuführen sind, an der durch die Bedürfnisse des nachbarlichen Zusammenlebens begründeten Pflicht billiger Rücksichtnahme festzuhalten, und deshalb kann auch solchen Rückwirkungen gegenüber ein Rechtsschutz nur dann beansprucht werden, wenn sie zugleich ihrem Umfange nach von größerer Erheblichkeit sind, als diejenigen, welche schon mit Rücksicht auf ihren Ursprung als gemeinübliche ertragen werden müssen. Je außergewöhnlicher nun die Einrichtungen sind, aus welchen derartige Belästigungen entstehen, desto eher wird sich schon aus ihrem Ursprunge der Schluß, daß sie auch ihrem Umfange nach jenes Maß übersteigen, ohne Weiteres rechtfertigen; je mehr der Ursprung dem Gemeinüblichen sich nähert, desto sorgfältiger wird die Frage des Umfanges zu prüfen sein. Der Unterschied in der Beurtheilung je nach der Art des angeblich den Nachbarn verletzenden Betriebes liegt also lediglich auf dem Gebiete der Beweiswürdigung; eine Verschiedenheit der anzuwendenden Rechtssätze ist nicht anzuerkennen. V. C. S. i. S. Strey c. Naß vom 3. März 1888, Nr. 321/87 V.

VI. Sonstige Preußische Landesgesetze.

Zur Allgemeinen Gerichtsordnung.

28. Die in dem 2. Tit. des II. Thl. der Allgemeinen Gerichtsordnung über das Verfahren der Gerichte bei den Verhandlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit gegebenen Vorschriften gelten nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 48 Thl. III Tit. 7 auch für die Notare. Es kann sich daher nur fragen, ob das Gesetz vom 11. Juli 1845 diese Anwendbarkeit in Wegfall gebracht hat. Dies ist zu verneinen. Wird näher begründet. IV. C. S. i. S. Wickert c. Storp vom 5. März 1888, Nr. 382/87 IV.

Zu den Ablösegesetzen.

29. Zurückweisung einer beim R. G. angebrachten Beschwerde: In Erwägung, daß nach § 76 des Gesetzes vom 18. Februar 1880 das Rechtsmittel der Beschwerde gegen Entscheidungen des Oberlandeskulturgerichts nur dann stattfindet, wenn letztere in einer innerhalb des Ablösungsverfahrens anhängig gewordenen Streitsache abgegeben worden sind; in Erwägung, daß eine Streitsache in diesem Sinne hier überall nicht vorliegt, die erhobene Beschwerde sich vielmehr dagegen richtet, daß nicht dem Antrage der Beschwerdeführer auf Einleitung des Ablösungsverfahrens stattgegeben worden sei; in Erwägung, daß eine derartige Beschwerde als eine prozessuale, für welche die Zuständigkeit des R. G. begründet sein könnte, nicht anzusehen, vielmehr als eine das Regulirungsverfahren und den Geschäftsbetrieb der Generalkommission betreffende Beschwerde im Aufsichtswege zu erledigen ist. III. C. S. i. S. Husberg Ablösung, vom 6. März 1888, B. Nr. 22/88 III.

Zu den Stempelgesetzen.

30. Der Anspruch des Fiskus auf die Stempelsteuer war erst am 22. Juli 1886 entstanden; dementsprechend war auch die Kl. nur verpflichtet, an diesem Tage die Steuer zu entrichten, und bei solcher Sachlage folgt aus der Natur der Zahlung als eines Mittels zur Tilgung bestehender Verbindlichkeiten, daß trotz der früher erfolgten Abführung des Stempelbetrages die Zahlung der Steuer als erst am 22. Juli 1886 geschehen anzusehen ist. Daß diese Auffassung auch dem allegirten Gesetze nicht entgegensteht, letzteres vielmehr selbst davon ausgeht, es müsse ein Anspruch des Fiskus schon bei der Entrichtung der Stempelabgabe bestanden haben, ergiebt sich daraus, daß bei Bestimmung des Anfangspunktes der sechsmonatigen Frist die geleistete Zahlung der erfolgten Beitreibung des Stempelbetrages gleichgestellt wird, die letztere aber unbedingt das Bestehen des fiskalischen Anspruchs zur Voraussetzung hat. — Wenn hiernach aber der 22. Juli 1886 als Zahlungstag anzusehen ist, war zur Zeit der Klageerhebung das Rückforderungsrecht der Kl. noch nicht erloschen. IV. C. S. i. S. Culmitz c. Fiskus vom 27. Februar 1888, Nr. 341/87 IV.

31. Vollmachten, von welchen in Rechtssachen, auf welche die C. P. O., die Str. P. O. oder die K. K. O. Anwendung findet, Gebrauch gemacht wird, sind nicht nach § 2 Abs. 1 des G. K. G. vom 18. Juni 1878 (R. Ges. Bl. S. 141) stempelfrei, sondern hinsichtlich der Stempelpflichtigkeit nach Abs. 2 des genannten § 2 zu beurtheilen, sind also insoweit einem Stempel unterworfen, als sie es ohne diesen Gebrauch sein würden. — Für den Vollmachtstempel haftet nach § 22 Abs. 1 des Stempelgesetzes vom 7. März 1822 vorbehaltlich seines Regresses an den eigentlichen Kontravenienten der Inhaber oder Vorzeiger der Vollmacht, und somit auch der Rechtsanwalt, der zu seiner Legitimation vor Gericht die ihm vom Machtgeber ertheilte Vollmacht als deren Inhaber vorzeigt. In dieser Beziehung, so wie darin, daß diese Verantwortlichkeit dadurch nicht beeinflußt sein würde, wenn der Stempel als Theil der Gerichtskosten liquidirt wäre, ist der Begründung des B. R. und der von ihm in Bezug genommenen Entscheidung des vormaligen Obertribunals vom 14. Dezember 1866 (Entscheidungen Bd. 57 S. 269) überall beizutreten. Daß in Folge der Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878 die Rechtsanwalte nicht mehr die frühere amtliche Eigenschaft behalten haben, kann zu Gunsten derselben in Betreff der vorliegenden Frage um so weniger ins Gewicht fallen, weil damit eine Verschiedenheit zwischen ihnen und anderen Bevollmächtigten beseitigt und die gleiche Behandlung der letzteren und ersteren um so mehr gerechtfertigt ist. IV. C. S. i. S. Kohn c. Gerichtskasse Dortmund vom 5. März 1888, Nr. 351/87 IV.

Zu den Grundbuchgesetzen.

32. Im § 30 des E. E. G. wird nicht unterschieden, ob das eingetragene Kapital, bezüglich dessen Klage- und Beitreibungskosten entstanden sind, seiner Größe nach zur Zeit der Eintragung bereits feststand und deshalb als unbedingte Hypothek eingetragen ist, oder ob dasselbe seiner Größe nach zur Zeit der Eintragung noch unbestimmt war und in Folge dessen zu seinem höchstmöglichen Betrage als Kautionshypothek eingetragen ist. Eine solche Unterscheidung läßt sich auch nicht, wie der Rkl. will, aus der Bestimmung des § 24 des E. E. G. herleiten. Denn wenn es dort heißt: „Wenn die Größe eines Anspruchs zur Zeit der Eintragung noch unbestimmt ist (Kautions-Hypothek), so muß der höchste Betrag eingetragen werden, bis zu welchem das Grundstück haften soll" — so ist damit nur vorgeschrieben, wie dem Erfordernisse des § 23 des E. E. G., daß die Eintragungsbewilligung eine bestimmte Summe in

gesetzlicher Währung angeben muß, in den Fällen zu genügen ist, daß die Forderung zur Zeit der Eintragung noch nicht zu einem bestimmten Betrage existirt. Nur dasjenige, was der Eintragung bedarf, um ein Hypothekenrecht zu bewirken, soll im Grundbuche seinem Umfange nach bestimmt, ziffermäßig, bezeichnet werden. Für diejenigen Nebenforderungen, welche, wie die Kosten, der Eintragung nicht bedürfen, damit das Grundstück dafür haftet, bedurfte es einer Vorschrift über die Art ihrer Eintragung nicht. Und eine solche hat auch im § 24 nicht gegeben werden sollen. Es ließe sich auch kein Grund für die Unterscheidung denken, daß die aus der Einklagung und Beitreibung einer Kautions-Hypothek erwachsenden Kosten zu einem bestimmten Höchstbetrage eingetragen werden müßten, um Anspruch auf Befriedigung aus dem Grundstücke zu haben, daß es dagegen der Eintragung zu diesem Zwecke überhaupt nicht bedurfte, wenn die Kosten der Einklagung und Beitreibung einer endgültig ihrem Betrage nach feststehenden Hypothek in Frage kommen. Die Rücksicht, welche die feste Begrenzung der Hauptforderung geboten hat, ist bezüglich der Kosten, welche im Verhältniß zur Hauptforderung der Regel nach nur geringe Beträge betreffen, nicht maßgebend gewesen, obwohl auch die Höhe der erwachsenden Kosten bei der Eintragung noch nicht festzustellen ist. V. C. S. i. S. Marcus c. Siefke vom 3. März 1888, Nr. 319/87 V.

33. Rücksichtlich der Folgen, welche die Tilgung eines Pfandbriefdarlehns für den Eigenthümer des Pfandgrundstücks hat, wird im § 4 des Statuts des Neuen Kreditvereins für die Provinz Posen unterschieden zwischen Rückzahlung und Amortisation. Die Rückzahlung bewirkt, wie die Zahlung einer gewöhnlichen Hypothekenforderung, die Berechtigung des Schuldners, löschungsfähige Quittung über den durch Zahlung berichtigten Theil der Pfandbriefschuld zu fordern; der Schuldner ist auf Grund dieser Quittung befugt, sowohl die bezahlte Schuld löschen zu lassen, als auch über das derselben zustehende Pfandrecht zu disponiren. Der durch Rückzahlung getilgte Theil ist hiernach ein geeigneter Gegenstand für die Eigenthümerhypothek; derjenige Eigenthümer des Pfandgrundstücks, welcher die Rückzahlung geleistet hat, erwirbt auf die Zahlung im Augenblicke derselben das Verfügungsrecht über den gezahlten Theil der Pfandbriefschuld: er kann denselben löschen lassen, abtreten, auch bei der Zwangsversteigerung für sich liquidiren. Auf die Tilgung, welche durch die Amortisation bewirkt wird, findet dies dagegen keine Anwendung; in solchem Falle ist das Recht auf löschungsfähige Quittung erst mit der vollendeten Amortisation begründet. Nimmt man hinzu die Bestimmung des § 23 des Statuts: „die Rechte auf den Amortisationsfonds gehen stets auf den jedesmaligen Besitzer des Gutes über“, so ergeben sich die Folgen der Tilgung durch Amortisation dahin, daß mit der Zahlung der einzelnen in den Zinsen enthaltenen Beiträge die Pfandbriefschuld nicht um den jedesmaligen Betrag derselben gemindert und als getilgt angesehen wird, daß vielmehr das Recht des Gutsbesitzers auf sein Guthaben am Amortisationsfonds in der Weise zur Verwirklichung gelangt, daß bei vollendeter Amortisation auf die Pfandbriefschuld das Guthaben am Amortisationsfonds verrechnet wird. Bei der Tilgung durch Amortisation kommt während der Amortisationszeit nichts zur Verfügung des Grundbesitzers, was einen Gegenstand für die Eigenthümerhypothek bilden könnte. Das Guthaben am Amortisationsfonds ist ein untrennbares Zubehör des beliehenen Guts, welches stets, ohne daß es einer besonderen Uebertragung bedarf, auf den Erwerber des Guts übergeht (vergl. Urtheil des R. G. vom 16. Oktober 1884, Entscheidungen Bd. 12 S. 266). Erst in der Hand desjenigen Gutsbesitzers, während dessen Besitzzeit die Amortisation sich vollendet, wird die Pfandbriefschuld — nicht etwa das Guthaben am Amortisationsfonds, welches durch Verrechnung gegen die Pfandbriefschuld untergeht — getilgt und gelangt in Folge dessen zur Verfügung dieses Gutsbesitzers. Die Frage, wie es mit dem Guthaben des Grundbesitzers am Amortisationsfonds in dem Falle zu halten sei, wenn das Pfandbriefdarlehn ganz oder theilweise durch Rückzahlung abgelöst wird, ist von dem R. G. (nach Vorgang v. Brünneck's in Gruchot's Beiträgen Bd. 29 S. 492) in drei Urtheilen (vom 23. Oktober / 10. November V. 165/86, V. 178/86; vom 19. Oktober 1887, V. 167/87) gleichmäßig dahin beantwortet, daß das Guthaben bei nothwendiger oder freiwilliger Rückzahlung der Pfandbriefschuld dem zahlenden Schuldner in Anrechnung zu bringen ist, so daß derselbe die Pfandbriefschuld nur zu dem Betrage zurückzuzahlen hat, welcher nach Abzug der gezahlten Amortisationsbeiträge verbleibt. Selbstverständlich kann das Recht auf das Guthaben am Amortisationsfonds nur dann auf den neuen Erwerber des beliehenen Gutes übergehen, wenn derselbe Schuldner des Pfandbriefdarlehns wird. Löst der bisherige Eigenthümer die Pfandbriefschuld durch Zahlung unter Verrechnung des Guthabens am Amortisationsfonds ab, oder geschieht dies, was dem gleich steht, für Rechnung desselben aus den Kaufgeldern des Pfandgrundstücks, so bleibt nichts übrig, was auf den Erwerber übergehen könnte. Letzterer wird weder Schuldner der nicht mehr bestehenden Pfandbriefschuld noch Berechtigter am aufgehobenen Guthaben am Amortisationsfonds. In dem Falle, daß das Pfandgrundstück durch Zwangsversteigerung auf einen neuen Erwerber übergeht, stellt sich die Kaufgelderverteilungsverhandlung, insoweit dieselbe mit der Belegung der Kaufgelder befaßt ist, lediglich als die Ausführung des mit der Verkündung des Zuschlagsurtheils zur Vollendung gelangten Zwangsverkaufs mit seinen gesetzlichen oder besonders gestellten Kaufbedingungen dar, so daß Zuschlagsurtheil und Kaufgelderbelegung, mögen sie auch zeitlich auseinanderfallen, insoweit doch als ein zusammengehöriges, erst das Kaufgeschäft in allen seinen Beziehungen erfüllendes Ganzes aufzufassen ist. Hieraus folgt, daß bei der Kaufgelderbelegung, obwohl der Ersteher bereits durch den Zuschlag Eigenthümer des versteigerten Grundstücks geworden ist, als Eigenthümer des Pfandgrundstücks, soweit ein solcher in Bezug auf das zu entrichtende Kaufgeld als Veräußerer in Betracht kommt, nicht der Ersteher, sondern der Subhastat erscheint. Dem letzteren gebührt deshalb der nach Befriedigung der Realberechtigten verbleibende Ueberschuß der Kaufgelder. Demselben fällt derjenige Theil der Kaufgelder zu, welcher in Folge der durch oder für ihn bewirkten Tilgung von zur Hebung gelangenden Hypotheken und Grundschulden frei wird. V. C. S. i. S. Arndt c. Tafelski vom 21. März 1888, Nr. 9/88 V.

Zum Enteignungsgesetz.

34. Der Sachverständige hat bei Berechnung des Miethsvertrages die Jahre 1883 und 1884 aus dem von dem B. R.

gebilligten Grunde ausgeschieden, weil die seit 1882 schon in Aussicht stehende Enteignung einen Rückgang des Ertrages herbeigeführt habe. Die thatsächliche Grundlage dieser Erwägung ist nicht angefochten worden. Ist sie aber richtig, so entspricht es den Prinzipien des Enteignungsgesetzes, daß gleich einer Wertherhöhung (§ 10 Abs. 2 des Enteignungsgesetzes) auch eine Werthverminderung, welche das abzutretende Grundstück in Folge des die Enteignung veranlassenden Unternehmens erfährt, bei Abmessung der Entschädigung nicht in Anschlag zu bringen ist. Wollte man werthmindernden Umständen, welche mit der Enteignung im ursachlichen Zusammenhang stehen, einen die Höhe der Entschädigung herabdrückenden Einfluß einräumen, so würde der Eigenthümer nicht das volle Aequivalent für das in Folge der neuen Anlage zunächst im Werthe verminderte, sondern ihm gänzlich entzogene Grundstück erhalten. Das Prinzip des vollständigen Ausgleichs zwischen Vermögensaufopferung und Entschädigung (§ 8 a. a. O.) erheischt, daß in einem solchen Fall bei Feststellung des Werths des enteigneten Grundstücks unter Umständen auf eine frühere von der bevorstehenden Enteignung noch unbeeinflußte Zeit zurückgegangen werden muß, unbeschadet des Grundsatzes, daß für die Feststellung der Entschädigung im allgemeinen die Zeit der Enteignung maßgebend ist. Der Eigenthümer hat solchen Falls Anspruch auf den Werth nicht wie er faktisch zur Zeit der Enteignung ist, sondern wie er in dieser Zeit gewesen sein würde, wenn das Unternehmen nicht schon vorher einen werthmindernden Einfluß ausgeübt hätte. Die Fixirung eines bestimmten Zeitpunktes (sei es der des Planfeststellungsbeschlusses oder der Abschätzung im Enteignungsverfahren) wird nur dann von entscheidender Bedeutung sein, wenn inzwischen in der Sache selbst oder in äußeren werthbestimmenden Umständen Veränderungen sich zugetragen haben, welche mit der Enteignung nicht in Verbindung stehen. Derartiges ist im vorliegenden Fall nicht behauptet worden. V. C. S. i. S. Stadt Berlin c. Kleinecke und Genossen vom 7. März 1888, Nr. 327/87 V.

Zum Gesetz betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen vom 13. Juli 1883.

35. Das B. G. wendet § 24 des Gesetzes vom 13. Juli 1883 auf ein Verhältniß an, für welches er nicht gegeben ist. Der § 24 a. a. O. gehört zu den Bestimmungen, durch welche die Reihenfolge und der Umfang der aus dem Kaufgelde des zwangsversteigerten Grundstücks zu berichtigenden Forderungen geregelt wird (§ 23 das.), er schreibt vor, an welcher Stelle und in welchem Umfange die konkurrirenden Gläubiger die Erstattung der von dem betreibenden Gläubiger bei der bis zum Zuschlage fortgesetzten Zwangsverwaltung geleisteten Ausgaben aus dem Kaufgelde gestatten müssen. Der § 24 betrifft aber keineswegs das Verhältniß des die Zwangsverwaltung betreibenden Gläubigers zum Schuldner; für dieses ist vielmehr ausschließlich der im § 697 der C. P. O. enthaltene Satz maßgebend: „Die Kosten der Zwangsvollstreckung fallen, soweit sie nothwendig waren (§ 87), dem Schuldner zur Last; sie sind zugleich mit dem zur Zwangsvollstreckung stehenden Anspruche beizutreiben." Hier wird nur das Erforderniß gestellt, daß die aufgewendeten Kosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung, also zur Vollziehung der Zwangsverwaltung, nothwendig waren, während in jenem § 24 gefordert wird, daß die Ausgaben zur Erhaltung und nöthigen Verbesserung des Grundstücks gemacht sind. Die große Verschiedenheit beider Bestimmungen bedarf keiner weiteren Erörterung. V. C. S. i. S. Markus c. Siefke vom 3. März 1888, Nr. 324/87 V.

VII. **Das Französische Recht (Badische Landrecht).**

36. Mit der Bestimmung, dem öffentlichen Verkehr zu dienen, hört auch die Eigenschaft einer Sache als „domaine public" auf. Daß dieser Veränderung der Bestimmung der streitigen Plätze durch eine besondere Verfügung Ausdruck gegeben wurde, war nicht nothwendig. Vielmehr konnte dieselbe sich auch in anderer Weise, insbesondere durch die mit der Straße vorgenommenen Veränderungen kundgeben. Die Wirkung dieser veränderten Bestimmung kann aber auch durch die Berufung auf das französische Gesetz vom 10. Juni 1793 nicht beseitigt werden, da dieses Gesetz keineswegs die Bestimmung enthält, daß auch bezüglich derjenigen Plätze, welche im Privateigenthum der Gemeinde stünden, eine Ersitzung ausgeschlossen sei. II. C. S. i. S. Gemeinde Alzingen c. Lallemend vom 13. März 1888, Nr. 337/87 II.

37. Daß nach Art. 2102 Ziffer 1 des B. G. B. das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers auch diejenigen von dem Miether eingebrachten Gegenstände, welche Eigenthum eines Dritten sind, ergreift, sofern der Vermiether zur Zeit des Einbringens von diesem Verhältniß keine Kenntniß hat, sondern annimmt, der Miether sei Eigenthümer dieser Gegenstände, ist nicht zweifelhaft und ergiebt sich insbesondere aus dem Art. 2102 Ziffer 4 Abs. 3 des B. G. B. Was aber den § 7 des Preußischen Ausführungsgesetzes zur K. K. O. anbelangt, so bestimmt derselbe nur, daß die Vorschriften des § 41 der K. K. O. und des § 6 des Ausführungsgesetzes auch außerhalb des Konkursverfahrens auf das Verhältniß der durch diese Bestimmungen den Faustpfandgläubigern gleichgestellten Gläubiger zu anderen Gläubigern des Schuldners entsprechende Anwendung finden, regelt sonach nur das Verhältniß unter den verschiedenen Gläubigern, bezüglich dessen auch außerhalb des Konkursverfahrens die für dieses geltenden Bestimmungen maßgebend sein sollen. Die durch das bürgerliche Recht gewährten Pfand- und Zurückbehaltungs-Rechte werden dagegen, wie auch in den Motiven zu § 7 des Ausführungsgesetzes ausdrücklich hervorgehoben wurde, gleichviel ob dieselben dem Schuldner oder Dritten gegenüber wirksam sind, durch die erwähnte Vorschrift des Ausführungsgesetzes nicht berührt. Insbesondere gilt dies, wie das R. G. auch schon in einem Urtheil vom 8. Dezember 1882 (Entscheidungen Bd. 8 S. 99 ff.) ausgesprochen hat, in Ansehung des Verfolgungsrechts, das dem Verpächter und dem Vermiether nach den Bestimmungen des rheinischen Rechts (Art. 2102 Ziffer 1 des B. G. B.) hinsichtlich der ohne seine Bewilligung anders wohin gebrachten Sachen zusteht. Soweit es sich um die Ausübung der dem Vermiether auf Grund seines Pfandrechts gegenüber dem Schuldner oder Dritten, ein Eigenthumsrecht an den eingebrachten Sachen geltend machenden Personen handelt, wird die Anwendung des Art. 2102 Ziffer 1 des B. G. B. durch § 7 des Preußischen Ausführungsgesetzes zur K. K. O. hiernach nicht ausgeschlossen. Eine solche Anwendung steht aber hier in Frage. Der Kl. macht nicht Rechte geltend, welche ihm als Gläubiger der Miether zustehen, sondern hat lediglich auf Grund seines Eigenthumsrechts die Aufhebung der Pfändung und die Herausgabe der gepfändeten Sachen verlangt. In dieser

Beziehung müssen aber die Bestimmungen des Art. 2102 des B. G. B. ebenso maßgebend sein, wie wenn er sich in den Besitz der dem Pfandrecht des Vermiethers unterworfenen Gegenstände gesetzt hätte und der heutige Bekl. ihm gegenüber die in Art. 2102 Abs. 6 des B. G. B. vorgesehenen Befugnisse ausgeübt hätte. II. C. S. i. S. Albach c. Röder vom 6. März 1888, Nr. 334/87 II.

38. Art. 2240 des B. G. B. bezieht sich nur auf die im Art. 2236 enthaltene Vorschrift und schreibt im Anschluß an dieselbe vor, daß Jemand, der für einen Anderen besessen hat, nicht gegen seinen Titel ersitzen kann, vielmehr immer vorausgesetzt wird, daß der Ersitzende kraft eigenen Rechtes die Liegenschaft innegehabt oder die Dienstbarkeit ausgeübt habe. II. C. S. i. S. Gemeinde Alzingen c. Lallemand vom 13. März 1888, Nr. 337/87 II.

M.

Für die Redaktion verantw.: S. Haenle. Verlag: W. Moeser Hofbuchhandlung. Druck: W. Moeser Hofbuchdruckerei in Berlin.

№ 20 und 21. Berlin, 21. April. 1888.

Juristische Wochenschrift.

Herausgegeben von

S. Haenle, Justizrath, Rechtsanwalt in Ansbach.
und
M. Kempner, Rechtsanwalt beim Landgericht I. in Berlin.

Organ des deutschen Anwalt-Vereins.

Preis für den Jahrgang 20 Mark. — Inserate die Zeile 40 Pfg. — Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt.

Inhalt.

Aufsätze für die Juristische Wochenschrift, welche acht Spalten überschreiten, können nur ausnahmsweise angenommen werden. Aufsätze, welche sich auf Angelegenheiten des Anwaltstandes und die Reichsjustizgesetze beziehen, erhalten den Vorzug.

Die Redaktion.

Vom Reichsgericht.*)

Wir berichten über die weiter vom 20. März bis 14. April 1888 ausgefertigten Erkenntnisse.

I. **Die Reichsjustizgesetze.**

Zur Civilprozeßordnung.

1. Die Rüge der klägerischen Revision wegen der Kosten ist verfehlt. Das Prinzip, von welchem der B. R. ausgeht, daß nämlich Zinsen, wenn sie auch als Nebenforderung den Streitwerth nicht erhöhen, doch auf die Vertheilung der Kostenlast von Einfluß sind, wenn sie eine so umfassende kontradiktorische Entscheidung wie hier nothwendig machen, ist durchaus berechtigt und beruht auf richtiger Auslegung des § 88 der C. P. O. IV. C. S. i. S. Zeppenfeld u. Gen. c. Seiberts vom 23. März 1888, Nr. 369/87 IV.

2. Eine auf Grund des § 136 C. P. O. geschehene Verweisung der Widerklage zum besonderen Verfahren — der dort gebrauchte Ausdruck „Gegenforderung" umfaßt auch die Widerklage (vergl. Motive S. 135) — hat die Bedeutung, daß die Widerklage in der Instanz anhängig bleibt und nur über sie getrennt von der Klage verhandelt und entschieden wird, sodaß es sich bei Anwendung des § 136 um eine prozeßleitende Anordnung und nicht um ein Endurtheil handelt. Die Vorschrift des § 136 rechtfertigt nicht die gänzliche Herausweisung der Widerklage aus dem Prozesse. Solche ist vielmehr nur dann statthaft, wenn die Voraussetzungen für die Widerklage, wie sie der § 33 a. a. O. aufstellt, nicht vorhanden sind, wenn also der Gegenanspruch nicht mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruche oder mit den gegen denselben vorgebrachten Vertheidigungsmitteln in Zusammenhang steht. IV. C. S. i. S. Stuhlfarth c. Stuhlfarth vom 23. Februar 1888, Nr. 279/88 IV.

3. Die Bekl. haben geltend gemacht, daß die Kl. nach Lage der Sache ein rechtliches Interesse nur an der Auszahlung ihres Pflichttheils habe. Und dieser Einwurf erscheint begründet. In dem Vorprozesse sind die Bekl. rechtskräftig verurtheilt, über den Nachlaß des Erblassers F. zwecks der Ermittelung des klägerischen Pflichttheils ein Inventar zu legen. Infolge dessen haben die Bekl. der Kl. ein derartiges Nachlaßverzeichniß überreicht. Danach war die Kl. schon jetzt in der Lage, auf Grund des Inventars ihren Pflichttheil zu berechnen und zu fordern. Vermochte sie aber schon den Leistungsanspruch zu erheben, so ist nicht abzusehen, inwiefern ihr ein rechtliches Interesse daran beiwohnen sollte, zuvor erst noch, wie geschehen, einen einzelnen der für die Ermittelung des Pflichttheils maßgebenden Faktoren herauszugreifen und zum Gegenstande der richterlichen Feststellung zu machen. Mindestens wäre es ihre Sache gewesen, einen etwaigen Hinderungsgrund für die Geltendmachung des Leistungsanspruchs darzulegen, was sie nicht gethan hat. Die ungeachtet dieses Mangels erfolgte Zulassung der erhobenen Feststellungsklage verletzt den § 231 der C. P. O. (vergl. Entscheidungen des R. G. Bd. 4 S. 437, Bd. 6 S. 397), und führt zur Aufhebung des B. U. Für die Sache selbst folgt daraus, daß entsprechend der Berufung der Bekl. die Klage ohne sachliche Prüfung zurückzuweisen ist. Der Kostenpunkt bestimmt sich dabei nach § 87 der C. P. O. IV. C. S. i. S. Funke c. Schöneberg vom 23. März 1888, Nr. 397/87 IV.

4. Die Revision findet die §§ 252, 502, 258 der C. P. O. verletzt, weil der von dem Bekl. erhobene Einwand, daß er zur Zeit der Ausstellung der bezeichneten Schriftstücke unzurechnungsfähig gewesen sei, nicht zur Erörterung gezogen, sondern die Geltendmachung desselben vorbehalten ist. Der Ausführung der Rbkl. entgegen ist dieser Angriff an sich für zulässig zu erachten. Es kann dahin gestellt bleiben, ob die fragliche Anwendung für sich allein und unabhängig von der in der Hauptsache getroffenen Entscheidung mit dem Rechtsmittel der Revision anfechtbar sein würde. Jedenfalls unter-

*) Nachdruck ohne Angabe der Quelle verboten.

liegt sie der Anfechtung in Verbindung mit der Entscheidung über die Hauptsache. Denn wenn die Voraussetzungen der §§ 252, 502 der C. P. O. unter welchen allein der Richter ermächtigt ist ein Vertheidigungsmittel des Bekl. zurückzuweisen und die Geltendmachung desselben für eine besondere Verhandlung vorzubehalten, nicht vorliegen und der Richter dessenungeachtet das vorgebrachte Vertheidigungsmittel unerörtert läßt, so trifft ihn der Vorwurf der Verletzung des § 259 der C. P. O., nach welchem das Gericht bei der Entscheidung den gesammten Streitstoff zu berücksichtigen und seiner Würdigung zu unterziehen hat. Die Rüge ist jedoch materiell unbegründet. — Nach den erwähnten Gesetzesvorschriften können Vertheidigungsmittel, welche von dem Bekl. nachträglich vorgebracht werden, auf Antrag zurückgewiesen werden, wenn durch deren Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits verzögert werden würde und das Gericht die Ueberzeugung gewinnt, daß der Bekl. in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen, oder aus grober Nachlässigkeit die Vertheidigungsmittel nicht früher vorgebracht hat. Wie der B. R. bedenkenfrei angenommen hat, treffen diese gesetzlichen Vorbedingungen hier zu. Der fragliche Einwand stellt sich als ein „Vertheidigungsmittel" im Sinne der §§ 252, 502 dar; denn als solches ist, im Gegensatze zum „selbstständigen Vertheidigungsmittel" nach § 137 der C. P. O., jedes zur Beseitigung des erhobenen Anspruchs geltend gemachte thatsächliche Vorbringen anzusehen. IV. C. S. i. S. Heimann c. Rosenberg vom 20. Februar 1888, Nr. 304/87 IV.

5. Auf die in Salings Börsenpapieren abgedruckten „Bedingungen für die Geschäfte an der Berliner Fondsbörse" durfte Bezug genommen werden, gleichviel, ob sich die Streitverhandlung mit diesen Bedingungen befaßt hatte, oder nicht. Denn dieselben haben als eine bei dem Gerichte offenkundige Thatsache (§ 264 der C. P. O.) zu gelten. Das B. G. konnte daher von Amtswegen auf die Bedingungen eingehen und sich die Kenntniß derselben durch die angezogene Schrift verschaffen. Ein Verstoß gegen prozessuale Vorschriften (§ 516 Nr. 3 der C. P. O.) ist darum dem B. U. nicht vorzuwerfen. VI. C. S. i. S. Trauzold c. Wiethe vom 19. März 1888, Nr. 11/88 VI.

6. Liegt der Streitstoff so, daß eins oder mehre einzelne selbstständige Angriffs- oder Vertheidigungsmittel, die sich als selbstständige Bestandtheile der schließlich zu treffenden Entscheidung darstellen, zur Entscheidung reif sind, so ist der Fall des § 275 C. P. O. gegeben. Die Entscheidung kann also durch Zwischenurtheil erfolgen. Eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift, welche die Zulässigkeit des Zwischenurtheils davon abhängig macht, daß die Sachlage nicht gleichzeitig die Erlassung eines Theilurtheils ermöglicht, besteht nicht. Aus zwingenden inneren Gründen ist eine solche Abhängigkeit ebensalls nicht als vorliegend anzuerkennen. Das Gericht hat allerdings, wenn die Sachlage an sich sowohl die Erlassung eines Theilurtheils, wie die eines Zwischenurtheils möglich macht, in erster Reihe zu prüfen, ob ein Theilurtheil, dessen Erlassung nur zu unterbleiben hat, wenn das Gericht sie nach Lage der Sache nicht für angemessen erachtet, abgegeben werden soll. Nun können Gründe vorliegen, welche die Abgabe eines Theilurtheils und die dadurch bedingte Eröffnung der Möglichkeit, die Sache insoweit, also vor Erledigung des ganzen Rechtsstreites in dem fraglichen Rechtszuge durch Einlegung des geeigneten Rechtsmittels an das zur Entscheidung über das Rechtsmittel berufene Gericht zu bringen, nicht angemessen erscheinen lassen. Trotzdem kann es angemessen erscheinen, betreffs bestimmter einzelner Angriffs- oder Vertheidigungsmittel den Rechtsstreit für den jeweiligen Rechtszug durch Erlassung eines Zwischenurtheils in der Art zu erledigen, daß er von da an in den durch die Entscheidung über jene Angriffs- oder Vertheidigungsmittel bestimmten engeren Grenzen weiter geführt wird. Es ist kein Grund erkennbar, in einem solchen Falle die Erlassung eines Zwischenurtheils als ausgeschlossen anzusehen. Ist dieser Gesichtspunkt der richtige, so kann ein Zwischenurtheil seine Bedeutung und damit seine bindende Kraft für die im Endurtheil zu treffende Entscheidung auch dadurch nicht verlieren, daß das Gericht sich der Möglichkeit nicht bewußt ist, unter Anwendung des § 273 ein Theilurtheil abzugeben. IV. C. S. i. S. Küpper c. Guthoff vom 1. März 1888, Nr. 346/87 IV.

Zur Konkursordnung und dem Anfechtungsgesetz.

7. Die Anfechtung nach § 23 Ziffer 2 der K. K. O. setzt als Gegenstand eine Rechtshandlung voraus, welche einem Konkursgläubiger eine Sicherheit gewährt, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte; und nach § 28 der K. K. O. kann diese Rechtshandlung auch durch Zwangsvollstreckung erwirkt worden sein. Das Pfandrecht des § 709 der C. P. O. ist zwar eine gesetzliche Folge der Pfändung, allein der Vollstreckungstitel begründet nur einen Anspruch auf Befriedigung, nicht auf zwangsweise Sicherung und unterliegt sonach die Pfändung vom 28. Juni 1886, welche in die Frist der letzten 10 Tage vor der Konkurseröffnung gegen die Schuldnerin gefallen ist, der Anfechtung von Seiten des Konkursverwalters. II. C. S. i. S. Rüsch c. Beck Konk. vom 23. März 1888, Nr. 23/88 II.

8. Nach § 30 der K. K. O. muß das, was durch die angefochtene Handlung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, zur Konkursmasse zurückgewährt werden, und nur der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung hat dieselbe nur insoweit zurückzugewähren, als er durch sie bereichert ist. Abgesehen von dem letzteren, hier nicht vorliegenden Falle soll für die Konkursmasse derjenige Rechtszustand hergestellt werden, welcher vor der angefochtenen Rechtshandlung bestand; es folgt dieses auch aus § 22 der K. K. O., wonach die fraglichen Rechtshandlungen als den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam angefochten werden können. Was dazu erforderlich ist, um diese Unwirksamkeit der Rechtshandlung für die Konkursmasse zu bewirken, den Zustand herzustellen, welcher vor der Vornahme der angefochtenen und für unwirksam erklärten Rechtshandlung bestand, ist nach der Lage des einzelnen Falles zu bestimmen; § 30 cit. regelt die Fälle, in denen es einer Leistung des Anfechtungsbekl. bedarf, um den früheren Zustand in der Art herzustellen, daß zur Konkursmasse zurückgeführt wird, was sie haben würde, wenn die Rechtshandlung nicht vorgenommen wäre, und verpflichtet den Anfechtungsbekl., alles dasjenige zur Konkursmasse zurückzugewähren, was aus dem Vermögen des Gemeinschuldners veräußert, was also durch die für unwirksam erklärte Rechtshandlung der Konkursmasse entzogen ist, ohne Rücksicht darauf, ob derselbe durch die Zuwendung bereichert ist oder nicht. Der

Grund für diese Verpflichtung liegt nicht darin, daß der Anfechtungsbekl. etwas aus dem Vermögen des Gemeinschuldners ohne Rechtsgrund hat, sondern darin, daß durch eine *rechtswidrige Handlung* etwas aus dem Vermögen des Gemeinschuldners herausgekommen und der Konkursmasse entzogen ist. Handelt es sich, wie im vorliegenden Falle um die Cession von Forderungen des Gemeinschuldners, so geht die Verpflichtung des Cessionärs, wenn die Cession wirksam angefochten ist, dahin die ihm cedirten Forderungen in der Art, wie sie zur Zeit der Cession waren, zurückzucediren. Ist er hierzu außer Stande, weil er nach der Cession die Forderungen von den Schuldnern eingezogen hat, so folgt aus der Vorschrift in § 30 der K. K. O., daß er die gehobenen Beträge zur Konkursmasse zurückzahlen muß. Es liegt diese Verpflichtung aber auch im gleichen Maaße vor, wenn dritte Personen *für ihn*, in seinem Auftrage oder mit seiner Genehmigung die cedirten Forderungen eingezogen haben. Denn dadurch sind die Schuldner liberirt, die Forderungen erloschen. Da der Anfechtungsbekl. durch seine Handlungen, bezw. diejenigen seiner Vertreter, sich außer Stande versetzt hat, die Rückgewähr der ihm cedirten Forderungen an die Konkursmasse zu bewirken, den vor der Cession bestandenen Zustand wiederherzustellen, so muß er die von seinen Vertretern für ihn eingezogenen Beträge erstatten, ohne Rücksicht darauf, ob diese seine Vertreter dieselben an ihn abgeliefert haben. III. C. S. i. S. Aldrecht Konk. c. Poppe vom 23. März 1888, Nr. 315/87 III.

9. Das Urtheil des III. C. S. vom 14. Februar 1882 (Entscheidungen Bd. 6, S. 45), auf dessen Inhalt das B. G. sich bezieht, bedarf insofern einer Richtigstellung, als zugegeben werden kann, daß auch die Erfüllung einer Verbindlichkeit nicht *grundsätzlich* der Möglichkeit einer Anfechtung auf Grund des § 3 Nr. 1 des Gesetzes vom 21. Juli 1879 entzogen ist, daß vielmehr auch die Leistung auf eine wirklich bestehende Schuld unter besonderen Umständen und insbesondere wenn sie, wie es in den Motiven heißt (S. 181), von einer ausdrücklichen oder stillschweigenden fraudulösen Uebereinkunft begleitet ist, der Anfechtung unterliegen *kann*, wie dies auch bereits in einem späteren Urtheil dieses Senats vom 10. Mai 1887 in Sachen Scheuer c. Hein III 22/87 (cfr. Bolze Praxis des R. G. Bd. IV, Nr. 375) anerkannt worden ist. Dagegen ist daran festzuhalten, daß *regelmäßig* die Zahlung einer fälligen Schuld beziehungsweise die Erfüllung einer bestehenden Verbindlichkeit außerhalb des Konkurses und abgesehen von den Fällen des § 23 K. K. O. der Anfechtung nicht unterliegt und daß insbesondere das bloße Bewußtsein des Schuldners daran, daß seinen übrigen Gläubigern durch die Zahlung Exekutionsobjekte entzogen und sie dadurch geschädigt werden, nicht ausreicht, die Anfechtungsklage zu begründen, wenn der Gläubiger nur dasjenige erhält, was er zu der Zeit und in der Art zu fordern ein Recht hatte. Etwas anderes ist auch in den vom Vertreter der Kl. allegirten Urtheilen anderer Senate des R. G. nicht ausgesprochen. Wollte man weiter gehen und in jeder mit dem oben bezeichneten Bewußtsein erfolgten Erfüllung einer geschuldeten Verbindlichkeit eine fraudulöse Absicht im Sinne des § 3 Nr. 1 des Gesetzes vom 21. Juli 1879 erblicken, so würde man zu der unannehmbaren Konsequenz gelangen, daß der Anfechtungskl. im Wege Rechtens dasjenige erhält, worauf der Anfechtungsbekl. ein wohlbegründetes Recht hatte, ungeachtet jenem kein besseres Recht auf Befriedigung zusteht, als diesem. Auch würde der Anfechtungsbekl. außerhalb des Konkurses nicht einmal in Konkurrenz mit dem Anfechtungskl. einen verhältnißmäßigen Antheil an der herauszugebenden Leistung erlangen, da der dies bezweckende § 7 Abs. 2 des Entwurfs nicht in das Gesetz vom 21. Juli 1879 (vergl. § 8) aufgenommen worden ist. — Wenn nichts weiter geschieht, als daß der Schuldner einer schon lange bestehenden Verbindlichkeit durch die Bestellung der Hypothek nachkommt, so kann darin eine fraudulöse Absicht im Sinne des Gesetzes nicht gefunden werden. Hieran kann auch nichts geändert werden, wenn der Schuldner erst durch die drohende Gefahr einer Subhastation sich endlich genöthigt sieht, seiner Verpflichtung zu genügen. Er kann dies zwar nicht thun, ohne sich dabei bewußt zu werden, daß das mit der Hypothek belastete Grundstück als Exekutionsobjekt für die übrigen Gläubiger an Werth verliert und denselben vielleicht ganz einbüßt. Allein in diesem die Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung begleitenden Bewußtsein würde eine fraudulöse Absicht im Sinne des § 3 Nr. 1 des Gesetzes vom 21. Juli 1879 nur dann gefunden werden können, wenn die übrigen Gläubiger zu dem Verlangen berechtigt wären, daß der Gläubiger, welcher ein erzwingbares Recht auf Hypothekbestellung hat, zu ihren Gunsten darauf verzichte. Hiernach erscheint die Abweisung der Anfechtungsklage gerechtfertigt. III. C. S. i. S. Simon c. Zimmermann vom 27. März 1888, Nr. 313/87 III.

Zum Gerichtskostengesetz.

10. Gemäß § 32 Abs. 2 des G. K. G. sind sowohl die durch die Versäumung des Termines zur mündlichen Verhandlung vom 10. Juli 1884, als auch die durch die Versäumung des Termines zur mündlichen Verhandlung vom 7. Dezember 1888 entstandenen gerichtlichen Kosten mit Recht zu Lasten des Berufungskl. und Kl. berechnet, indem die Bestimmungen des § 28 desselben Gesetzes auf die den Säumigen treffenden eine *besondere* nachtheilige Folge *jeder* Versäumniß bildenden Nachtheile *keine* Anwendung finden. I. C. S. i. S. Gloy c. Simms vom 28. März 1888, B. Nr. 17/88 I.

II. **Das Wechselrecht.**

11. Die erhobene Wechselklage mußte abgewiesen werden, weil es dem Klagewechsel an einem wesentlichen gesetzlichen Erfordernisse fehlt. Nach Art. 96 Nr. 4, 98 Nr. 5 in Verbindung mit Art. 4 Nr. 4 und Art. 31 Abs. 1, 2 der W. O. gehört zu den wesentlichen Erfordernissen des eigenen Wechsels die Bestimmung der Zahlungszeit; diese kann erfolgen „auf Sicht"; der Wechsel ist dann bei der Vorzeigung fällig, und muß bei Verlust des wechselmäßigen Anspruchs gegen den Aussteller nach Maßgabe der besonderen im Wechsel enthaltenen Bestimmung und in Ermangelung derselben binnen zwei Jahren nach der Ausstellung zur Zahlung präsentirt werden. Diesen Vorschriften bezw. der Zahlungszeit würde durch die Eingangsworte: „*bei Sicht innerhalb 5 Jahren* zahlen wir" vollständig genügt sein, wenn nicht der Schlußsatz des Wechsels die damit in Widerspruch stehenden Worte enthielte: „wir leisten zur Verfallzeit *ohne vorgängige Präsentation* im Geschäftslokal des 2c. Vereins 2c. Zahlung." Der Wechsel auf (oder bei) Sicht soll also *durch die Präsentation fällig* werden, und doch soll zur Verfallzeit *ohne vorgängige Präsentation*

gezahlt werden. Dieser Widerspruch hat zur Folge, daß der Wechsel der erforderlichen Bestimmtheit der Zahlungszeit entbehrt. Die Versuche, die beiden widersprechenden Sätze mit einander in Einklang zu bringen, sind schon vom B. G. mit Recht als verfehlt bezeichnet. I. C. S. i. S. Neubert c. Spar- u. Vers.-V. Sömmerda vom 28. März 1888, Nr. 37/88 I.

III. Das Handelsrecht.

12. Prüft man den in Rede stehenden Vertrag (Auseinandersetzungs und Vertrag über Begründung einer Gesellschaft so ergiebt sich, daß als der Hauptinhalt der dem Kl. (einem Mitbetheiligten) gewährten Berechtigung der Anspruch auf die ihm zugesicherte feste Rente zu betrachten ist. Daß der dem Kl. eingeräumte Antheil von einem Sechstel des Jahresgewinnes den Betrag dieser Rente übersteigt, ist nur eventuell als eine Möglichkeit in's Auge gefaßt, die nach den bisherigen Geschäftsergebnissen ziemlich fern lag, und die, wie es scheint, auch seit dem Austritte des Kl. sich noch nie verwirklicht hat. Ist aber das Rechtsverhältniß derartig, daß es in erster Linie ein Anrecht des Kl. auf feste, lebenslängliche Bezüge begründet, und daß daneben der Anspruch auf einen Gewinnantheil nur eine accessorische und eventuelle Bedeutung hat, so fällt dasselbe aus dem Rahmen der stillen Gesellschaft heraus. Der Kl. steht zwar hinsichtlich des Anspruches auf den Gewinnantheil socitatis iure; indeß wird hierdurch nicht das Rechtsgeschäft in seiner Gesammtheit charakterisirt. In ähnlicher Weise ist auch das Rechtsverhältniß des Commis intéressé, der neben dem festen Gehalt eine Tantieme bezieht, nicht in seinem ganzen Umfange, sondern höchstens in Bezug auf den Gewinnanspruch als Gesellschaft zu betrachten. Auf ein solches Rechtsverhältniß passen nicht die Auflösungsgründe der stillen Gesellschaft, paßt insbesondere nicht der hier in Betracht kommende Art. 261 Nr. 6 des H. G. B., wonach die auf Lebenszeit geschlossene Gesellschaft durch einseitige, sechs Monate vor Ablauf des Geschäftsjahres erfolgende Aufkündigung aufgelöst werden kann. Ebensowenig ist auf dieselbe die Bestimmung des A. L. R. Thl. I, Tit. 17 § 289 anwendbar. Dabei mag bemerkt werden, daß der Ausführung des Bekl., daß im vorliegenden Falle Art. 261 Nr. 6 H. G. B. auch deswegen außer Anwendung bleiben müßte, weil Bekl. nicht auf seine Lebenszeit, sondern für die Lebensdauer des Kl. gebunden ist, nicht zugestimmt werden kann. I. C. S. i. S. Apt c. Apt vom 24. März 1888 Nr. 29/88 I.

13. Allerdings ist in zwei Entscheidungen des R. O. H. G., Entscheidungen Bd. VII Nr. 99 S. 374; Bd. XIV Nr. 129 S. 412, darin, daß der Ehemann im Antrag auf Versicherung von Gegenständen, welche im Eigenthum der Ehefrau standen, als ihm gehörig bezeichnete, ein Verschulden des Versicherungsnehmers nicht erkannt und die Verwirkung des Entschädigungsanspruchs als nicht eingetreten angenommen worden. Dem entsprechend hat das R. G. in einer derartigen Deklaration eines Ehemannes „keine Verletzung der Pflicht der Wahrhaftigkeit", „keine absichtlich unwahre Angabe" erkannt, Rep. I 120/80 in Sachen Oberley wider die Feuerversicherungsgesellschaft zu Brandenburg, Urtheil vom 12. Januar 1881. Allein damit ist, wie schon in dem Urtheil des R. G. vom 4 November 1882 in Sachen Schendel wider die Berlin-Cöln'sche Feuerversicherungsgesellschaft Rep. I 388/82 ausgeführt ist, nicht der allgemeine Satz ausgesprochen, es verstoße nicht gegen die dem Versicherten obliegende Deklarationspflicht, wenn er die zu versichernde Sache, welche im Eigenthum seiner Ehefrau steht, als ihm gehörig angebe. Es ist nur anerkannt, daß nach den besonderen Umständen des Falls in der betreffenden Deklaration kein Verstoß gegen die dem Versicherten zur Pflicht gemachte Wahrhaftigkeit enthalten sei. Um so weniger kann daher durch Bezugnahme auf die vorher angeführten Entscheidungen der Satz begründet werden, daß das Präjudiz des § 4 nicht eintrete, wenn der Versicherungsnehmer die zu versichernden Gegenstände, obgleich ihm an denselben nur die Nutznießung zusteht, als ihm gehörig bezeichnet. I. C. S. i. S. Mais c. Gladbacher F. V. G. vom 7. März 1888, Nr. 4/88 I.

14. Papiere, welche nicht selbständige Träger einer Obligation sind, sondern nur zum Beweise einer Forderung dienen, namentlich also auch Hypothekendokumente, können, wie das R. G. wiederholt ausgesprochen hat, für sich allein wegen Mangels eines realisirbaren Vermögenswerthes ebensowenig Gegenstand eines Faustpfandrechts wie Gegenstand eines kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts im Sinne der Art. 313 bis 315 des H. G. B. sein. (Vergl. Entscheidungen in Civilsachen Bd. 3 S. 154, Bd. 10 S. 40 sowie auch Bd. 1 S. 187, Bd. 15 S. 58, 59, Bd. 17 S. 58). Allerdings lassen sich auch Beweis- und Legitimationspapiere zur Sicherstellung eines Gläubigers in der Weise verwenden, daß dem Gläubiger an ihnen vertragsmäßig ein Besitz- und Zurückbehaltungsrecht eingeräumt wird. Damit erlangt indessen der Gläubiger kein Recht auf Befriedigung aus dem Gegenstande seiner Sicherstellung, sondern nur die Befugniß, die Herausgabe des Papiers dem Schuldner so lange vorzuenthalten, bis seine Befriedigung erfolgt ist. (Vergl. Entscheidungen in Civilsachen Bd. 16 S. 169 ff.) VI. C. S. i. S. Kühne c. Hellwig vom 5. März 1888, Nr. 29/88 VI.

15. Die Bestimmung des Art. 317, daß bei Handelsgeschäften die Gültigkeit der Verträge durch schriftliche Abfassung oder andere Förmlichkeiten nicht bedingt ist, gilt für alle diejenigen Akte, welche für das Zustandekommen und die Rechtswirksamkeit des Hauptgeschäftes wesentlich sind, mithin auch für die Vollmacht zum Abschlusse des Hauptgeschäftes und für die Ratihabition des Letzteren. Vergl. Entscheidungen des R. G. in Civilsachen, Bd. 4 S. 310 und die dort angeführten Entscheidungen des R. O. H. G. I. C. S. i. S. Sohler & Comp. c. Sohler vom 4. Januar 1888, Nr. 324/87 I.

16. Es ist der Rkl. zuzugeben, daß vom Standpunkt des B. U. die Anwendung des Deutschen H. G. B. unhaltbar ist. War Riga der Erfüllungsort, so ist die dortige Käuferin nicht verpflichtet nach den Bestimmungen dieses Gesetzbuchs die ankommende Waare zu untersuchen und die Mängel anzuzeigen. Der B. R. hat auch nicht etwa die Bestimmungen des Deutschen H. G. B. angewendet, weil er angenommen hätte, das Rigaer Recht stimme mit dem H. G. B. in dem hier fraglichen Punkte überein; vielmehr wirft das B. U. die Frage, welches örtliche Recht anzuwenden sei, gar nicht auf. Das B. U. würde aus diesem Grunde aufzuheben sein, wenn anzunehmen wäre, daß Riga Erfüllungsort für die Verbindlichkeit des Verkäufers sei. Allein, wenn auch der Verkäufer hier einen Erfolg versprochen hat, welcher in Riga eintreten sollte, wenn er die Haftung dafür übernommen hat, daß die Gerste in Riga ein bestimmtes

Naturalgewicht habe, so hört damit Danzig nicht auf der Ort zu sein, an welchem der Verkäufer die Hauptleistung zu gewähren hatte, die Abladung für Rechnung der Käuferin, womit er zeitlich und örtlich erfüllte. So wenig der Abschluß der Erfüllung mit der Uebergabe zeitlich dadurch ausgeschlossen wird, daß der Verkäufer die Garantie dafür übernimmt, daß der verkaufte Gegenstand in der Hand des Käufers gewisse Eigenschaften dauernd aufweist, so wenig wird die Erfüllung dadurch an einen andern Ort verlegt, daß der Verkäufer die Garantie dafür übernimmt, daß die Waare für ein bestimmtes Maß ein bestimmtes Gewicht aufweist, wenn sie bei dem Käufer ankommt. War aber Danzig der Erfüllungsort für die Verbindlichkeit des Verkäufers, die Waare zu übergeben, so ist auch das in Danzig geltende Recht für die Untersuchung und Mängelanzeige, welche dem Käufer obliegt, maßgebend. Allein es kann nicht mit dem B. R. angenommen werden, daß das Deutsche H. G. B. dem Käufer die Pflicht einer besonderen eigenen Untersuchung der Waare und einer besonderen eigenen Konstatirung des Naturalgewichts auferlegt, wenn die Parteien verabredet haben, daß nicht diese Untersuchung des Käufers, sondern daß eine bestimmte amtliche Untersuchung offenbaren soll, welches Naturalgewicht die Waare bei ihrer Ankunft in Riga hat. Hier darf sich der Käufer damit begnügen, seinerseits dafür zu sorgen, daß der amtlichen Untersuchung und Konstatirung keine Hindernisse im Wege liegen, im Gegentheil derselben der Weg eröffnet wird, damit so schleunig, als es nach dem amtlichen Geschäftsgange geschehen kann, das Naturalgewicht konstatirt werde, und sie hat dann das Resultat der amtlichen Wägung sofort anzuzeigen. Hat die Kl. das gethan, so kann ihr nicht vorgeworfen werden, daß sie nicht daneben und zuvor ihrerseits versucht hat, das Naturalgewicht festzustellen: eine Feststellung, welche die Verkäuferin nach dem Vertragsinhalt einfach von der Hand weisen durfte. I. C. S. i. S. Stender und Co. c. Hoffmann, vom 17. März 1888, Nr. 15/88 I.

17. Es steht fest, daß Kl., nachdem der Bekl. seiner Lieferungspflicht nicht genügt, um die Lieferung an die Rheinische Eisenbahn ausführen zu können, Deckungskäufe hat abschließen müssen und thatsächlich abgeschlossen und das durch diese Deckungskäufe anderweit beschaffte Holz verwendet hat, um seiner Lieferungspflicht der Rheinischen Eisenbahn gegenüber zu genügen. Daraus folgt nicht bloß die Möglichkeit eines Schadens, sondern es ist nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge ohne weiteres anzunehmen, daß ein Schade überhaupt durch den Vertragsbruch des Bekl. dem Kl. wirklich zugefügt ist, und es kann sich nur noch um den Betrag des vom Kl. zu dem hohen Betrage von 15 138,50 Mark bezifferten Schadens also darum handeln, wie viel mehr Kl. durch den Abschluß der Deckungskäufe hat aufwenden müssen, um den Vertrag mit der Rheinischen Eisenbahn zu erfüllen, als wenn Bekl. vertragsmäßig geliefert hätte. Dies ist in dem zweiten Abschnitt des Verfahrens, welcher die Feststellung des Betrages des Schadens bezweckt, näher zu erörtern. Die vorliegende Entscheidung steht nicht in Widerspruch mit dem vom Kl. in Bezug genommenen Urtheile des V. C. S. des R. G. vom 18. Dezember 1886 in Sachen der Handlung Nußbaum & Jacoby in Berlin wider den Restaurateur Roth in Berlin V. 240/1886. Der dortige Fall lag wesentlich verschieden von dem vorliegenden. Dort ist das B. U., welches den Grund des eingeklagten Schadensanspruchs festgestellt hatte, aufgehoben, weil verschiedene Streitpunkte, welche nach der Annahme des V. C. S. des R. G. nicht den Betrag des Schadens, sondern die Schadensersatzpflicht betrafen, noch nicht erörtert und entschieden waren und nur in diesem Zusammenhange ist der Satz aufzufassen: „Insbesondere kann der Grund eines Schadensanspruchs nicht feststehen, so lange die Möglichkeit des Nachweises offen ist, daß der Betrag des Schadens Null, d. h. daß gar kein Schaden entstanden sei.“ I. C. S. i. S. Philipp c. Schmidt vom 21. März 1888, Nr. 19/88 I.

18. Die Revision ist begründet. In dem B. U. selbst ist zutreffend hervorgehoben, daß keineswegs nur bei den durch Art. 357 H. G. B. normirten Lieferungsgeschäften (unter der im letzten Satze des ersten Absatzes dieser Gesetzesstelle gekennzeichneten Voraussetzung) der Anspruch auf die eigentliche Vertragserfüllung fortfalle; daß vielmehr das eigenartige Wesen auch anderer Arten von Lieferungsgeschäften (unter gewissen Voraussetzungen) den Anspruch auf die eigentliche Vertragserfüllung ausschließe und dem vertragstreuen Kontrahenten gegen den Vertragsbrüchigen nur einen Anspruch auf Schadensersatz offen lasse. In dem B. U. ist aber rechtsirrig verkannt, daß Bierabnahmeverträge der unter den Parteien abgeschlossenen Art unter den klägerischerseits behaupteten konkreten Voraussetzungen nur einen Entschädigungsanspruch der Kl. an den Bekl. begründen würden, dagegen die erhobene Klage nicht begründen. Nach dem Inhalt des Vertrages vom 27./30. Juli 1885 haben die Parteien sich dahin geeinigt, daß der Bekl. (ein Gastwirth in einer kleinen Ortschaft) vom 27. Juli 1885 an das Bier zum Ausschank an die in seine Wirthschaft einkehrenden Gäste ausschließlich aus der Brauerei der Kl. in Gebinden nach Bedarf beziehen solle. Die zu diesem Zwecke in jedem (vom 27. Juli an zu berechnenden) Jahre erforderliche Bierquantität ist auf einen Mindestbetrag von 200 Tonnen festgesetzt und danach der Preis bemessen. Aus der Art des allmählichen Verzehrs durch die einkehrenden Gäste in einer derartigen Gastwirthschaft und aus der Eigenschaft des (auch in bester Qualität bezogenen) Bieres sich in den Kellereien, wie sie in solchen Wirthschaften bestehen, nicht auf lange Zeiträume in zum Ausschank verwendbarem Zustande zu erhalten, folgt, daß im Sinne des Vertrages der jährliche Bierbedarf nur successiv je in Zwischenräumen von einigen Wochen in solchen Mengen zu liefern und abzunehmen ist, welche den voraussichtlichen Bedarf zum Ausschanke und der Haltbarkeit des Bieres in der betreffenden verhältnißmäßig kurzen Zeit entsprechen. Daraus folgt, daß, (wenn auch etwa in dem ersten Jahre des Vertragsverhältnisses in Folge eines vertragswidrigen Verhaltens des Bekl. einhundertfünfundsiebenzig Tonnen weniger an Bier von demselben aus der Brauerei der Kl. entnommen sein sollten, als er bei vertragstreuem Verhalten entnommen haben würde,) der Kl. nach Ablauf jenes Jahres nicht der Anspruch zusteht, daß der Bekl. nunmehr von ihr einhundertfünfundsiebenzig Tonnen, welche das zu Unrecht in dem vorigen Jahre nicht abgenommene Bierquantum repräsentiren, abnehme, und dafür den Vertragspreis zahle. Kl. darf das nicht beanspruchen, weil eine solche Bierlieferung und Abnahme den vertragsmäßig gewollten Voraussetzungen der Bierlieferung und Abnahme ganz und gar nicht entspricht. Der Bekl. kann

(nach den Lebensverhältnissen) eine solche Bierlieferung unmöglich durch Ausschank in seiner Gastwirthschaft verbrauchen, und zwar schon wegen der übergroßen Menge des gelieferten Biers und der verhältnißmäßigen Geringfügigkeit des Verbrauchs in Verknüpfung mit der Brauchbarkeitsdauer des Biers überhaupt nicht, namentlich aber nicht im Sinne des Vertragsverhältnisses, nach dessen Normen der Bekl. den ganzen Bedarf für die Folgezeit kontinuirlich und ausschließlich aus der Brauerei der Kl. zu entnehmen gehalten wäre, denselben also nicht decken dürfte mit Bieren, welche den Bedarf für die verflossene Zeit repräsentiren. Die Kl. kann eben deswegen dem Bekl. die betreffenden 175 Tonnen Bier nicht zum Verbrauch durch Ausschank in dessen Gastwirthschaft liefern. Die Bierlieferung und Abnahme der 175 Tonnen im Sinne des Vertrages ist unmöglich geworden, und steht der Kl., (falls etwa diese Unmöglichkeit durch vertretbar schuldhaftes Verhalten des Bekl. verursacht sein sollte) nur ein Entschädigungsanspruch zu. I. C. S. i. S. Fuchs c. Brauerei Wickboldt, Nr. 16/88 I.

19. Das Charakteristische des sogenannten „Indentgeschäfts“ ist, wie schon in einem früheren Urtheil des R. G. ausgeführt worden (Entscheidungen in Civilsachen Bd. V Nr. 21 S. 84), ist, daß ein in Indien, China, Afrika u. s. w. etablirter europäischer Kaufmann mit einem Eingeborenen über die Lieferung gewisser aus Europa zu beziehender Waaren übereinkommt und Betreffs Realisirung dieses Geschäfts mit einem in Europa domizilirten Haus eine Vereinbarung trifft. Diese Vereinbarung kann ein Kauf, sie kann aber auch eine Verkaufskommission sein. Daß die Initiative vom Kommissionär ausgeht, kann gegen die letztere Auffassung nicht eingewendet werden. Unter Umständen kann es zweifelhaft sein, welche Gestalt das Geschäft im einzelnen Fall angenommen hat. Ein wesentliches Moment für die Auffassung des vorliegenden Rechtsverhältnisses als Kommission ist darin enthalten, daß, wie der Kl. selbst vorbringt, der Bekl. ihm Abrechnung geschickt hat, in welcher von dem vom Kl. zu 1540 $ fakturirten Werth der Waaren abgezogen sind: 3½ % Disconto (welche offenbar dem Käufer des Beklagten gewährt werden mußten) und 4 % Kommission, und daß der Kläger diese Abrechnung gebilligt hat. Am Einfachsten wird hiernach das Geschäft als Kommission aufgefaßt. I. C. S. i. S. Scharrer c. Heintzmann vom 8. Februar 1888, Nr. 333/87 I.

20. Es ist anzunehmen, daß die Bestimmung des Art. 373 H. G. B. nicht nur für den Fall gilt, wenn der Auftrag ausdrücklich auf Ankauf eines Wechsels gegangen ist, sondern überall dann Anwendung findet, wenn der Kommissionär in Ausführung der Kommission einen Wechsel für Rechnung des Kommittenten ankauft. Allein der Bekl. hat, wie schon in der Klage ausgesprochen ist, den fraglichen Wechsel dem Kl. ohne Vorbehalt indossirt, ist also der Vorschrift des Art. 373 nachgekommen. Daß aber dieser Art. abgesehen von der in den Worten deutlich ausgesprochenen Bestimmung, daß der Kommissionär, welcher den angekauften Wechsel indossirt, denselben regelmäßig und ohne Vorbehalt indossiren muß, noch weitere Bestimmungen über die eventuelle Haftpflicht des Kommissionärs enthalte, hat der Rkl. vergeblich darzulegen versucht. Derartiges war bei der Berathung des Art. beabsichtigt worden, kam aber nicht zum Ausdruck (vergl. v. Hahn, Kommentar zu Art. 373 des H. G. B. § 5). Ueber die Haftung des Kommissionärs aus seinem Indossament entscheiden lediglich allgemeine Grundsätze. Nach diesen ist zwar die formelle Haftung des Indossanten aus dem Indossament gegenüber allen Nachmännern, also auch dem Kommittenten gegenüber, begründet. Dem Anspruch dieses unmittelbaren Nachmannes aber ist die Einrede aus dem unterliegenden Verhältniß, daß der Ankauf für Rechnung des Kommittenten erfolgt sei, gegeben. Allerdings greift diese Einrede dann nicht Platz, wenn zwischen den Parteien vereinbart war, daß der Kommissionär nach Analogie des del credere-Nehmens für den Eingang des Wechsels garantiren solle. Allein dann ist diese Garantieübernahme der eigentliche materielle Klaggrund und der Kommittent hat diesen Inhalt der Vereinbarung zu beweisen. Ist keine solche Garantie übernommen, so hat der Kommissionär durch Uebersendung des Wechsels seine Verpflichtung aus der Kommission ebenso erfüllt, wie der Einkaufskommissionär durch die Uebersendung der eingekauften Waaren sich liberirt. I. C. S. i. S. Scharrer c. Heintzmann vom 8. Februar 1888, Nr. 333/87 I.

21. Es könnte die Frage aufgeworfen werden, ob die Eisenbahn, wenn sie, um dem Publikum den Transport gegen geringere Fracht zu ermöglichen, sich ausbedingt, daß sie die mit diesen wohlfeileren Transport verbundene Gefahr nicht zu tragen habe, damit nicht auch von der Verpflichtung zu derjenigen Sorgfalt entbunden ist, deren Anwendung erst in Folge dieser besonderen Transportart ihre Voraussetzungen erhält. Allein diese Auffassung würde nicht nur mit den Worten des Gesetzes, welches in Art. 424 Abs. 3 H. G. B. allgemein von Verschulden spricht, sondern auch dem Geist der betreffenden Bestimmungen zuwider laufen. Die von dem in Art. 423 aufgestellten Prinzip des Ausschlusses der Vertragsfreiheit der Eisenbahnen, betreffs Umfang der Haftpflicht und der Beweislast in Art. 424 Abs. 1 Nr 1 zugelassene Ausnahme beruht auf der Erwägung, daß, sollte dem Publikum die Möglichkeit einer wohlfeilern Beförderungsart gewährt werden, den Eisenbahnen nach der betreffenden Richtung hin die Vertragsfreiheit gewährt werden mußte; denn nur unter dieser Voraussetzung war es den Eisenbahnen möglich, eine Beförderungsart auszuführen, durch welche die Gefahr des Transports wesentlich vergrößert wurde. Allein auch nur soweit diese Vergrößerung eintritt, war die Gewährung der Vertragsfreiheit erforderlich, und es ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber vom aufgestellten Prinzip weitere Ausnahmen hat machen wollen, als durch die Erwägung, welcher der Art. 424 sein Dasein verdankt, nothwendig geworden war. Dem entspricht nun aber auch die Fassung des Gesetzes vollständig. Nicht übernommen wird die mit der betreffenden Transportart verbundene besondere Gefahr, und die Vermuthung spricht für die Entstehung des eingetretenen Schadens aus dieser Gefahr. Die gesetzgeberische Erwägung aber führt nicht dazu, daß an der Bestimmung über die der Eisenbahn obliegenden Verpflichtung zur Sorgfalt etwas geändert worden. Die Eisenbahn haftet, gleichviel welche Transportart sie ausführt, für das eigene Verschulden wie für das ihrer Leute. Aus der Aufstellung der Präsumtion für die Entstehung des Schadens folgt nur, daß das Verschulden vom Absender nachgewiesen werden muß. In dieser Weise ist der Satz in Abs. 3 des Art. 424 formulirt. Daraus folgt aber nicht, daß bei Beurtheilung der Frage, ob im einzelnen Fall

die erforderliche Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers angewendet worden sei, jede Berücksichtigung der mit der Besonderheit der Transportart zusammenhängenden Momente ausgeschlossen wäre, und daß jede Nichtvornahme von solchen Handlungen, welche erst in Folge der Besonderheit der Transportart zur Sicherung des Guts als zweckmäßig erscheinen, ohne Weiteres als ein Verschulden zu erachten ist. Es ist vielmehr im einzelnen Fall nach der Gesammtheit der Umstände und unter Berücksichtigung der ratio der Ausnahmebestimmung des Art. 424 die Prüfung anzustellen. Was nun aber die Frage nach der bei Einstellung eines offenen Wagens in einen Zug zu beobachtende Sorgfalt betrifft, so ist zwar dem Kl. der Beweis seiner Behauptung, daß eine Instruktion bestehe, wonach offene, mit leicht brennbaren Gegenständen beladene Wagen in einer bestimmten Entfernung von der Lokomotive einzustellen seien, nicht gelungen, es wird aber von zwei Zeugen, deren einer Lokomotivführer, der andere Stationsassistent ist, dies Verfahren als üblich bezeichnet, und letzterer Zeuge sagt weiter aus, daß ihm von dem Beamten, welchem er früher zur Instruktion überwiesen gewesen, mitgetheilt worden sei, daß in dieser Weise zu verfahren sei, und daß er den von ihm zu instruirenden jungen Beamten die gleiche Mittheilung gemacht habe. Aus dem Bestehen einer solchen Uebung kann nun zwar nicht eine die Eisenbahn dem Absender verpflichtende Erklärung entnommen werden; sie giebt aber Zeugniß von der im Eisenbahnverkehr herrschenden Auffassung, und der Kläger kann sich insofern auf dieselbe berufen, als er geltend macht, er habe annehmen dürfen, daß das sonst übliche Verfahren auch betreffs der von ihm aufgegebenen Güter eingehalten werde. Vergl. auch Entscheidungen des R. O. H. G. Band IX Nr. 100 Seite 338; Band XV Nr. 32 S. 90. Unter diesen Umständen und da vom Bkl. nicht geltend gemacht ist, daß die Einstellung des Wagens an dritter Stelle durch irgend einen besonderen Umstand geboten oder indizirt war, kann dem B. R. daraus kein Vorwurf gemacht werden, daß er in dem Einstellen des Wagens in der Nähe der Lokomotive ein Verschulden der Leute der Eisenbahn findet und folgeweise den Abs. 3 des Art. 424 H. G. B. seiner Entscheidung zu Grunde legt. I. C. S. i. S. Fiskus c. Weiß 22. Februar 1888, Nr. 399/87 I.

22. Es existirt keine Vorschrift, nach welcher ein Konnossement *lediglich* vom Schiffer ausgestellt werden kann, und insbesondere folgt aus der Bestimmung des Art. 644 des H. G. B., nach welcher der Ablader die Ausstellung eines Konnossements vom Schiffer *verlangen* kann, nicht, daß dieser die *einzige* zur Ausstellung eines rechtsgültigen Konnossements befugte Person sei, vielmehr kann *auch der Rheder selbst* und jede *andere* von ihm dazu *ermächtigte* Person ein wirksames Konnossement ausstellen. Dies steht, wenngleich der Schiffer als *gesetzlicher* Vertreter des Rheders der *regelmäßige* Aussteller der Konnossemente ist, mit der thatsächlichen Uebung wie mit den Gesetzen in Einklang, wie bereits in dem vom B. G. angezogenen Erkenntnisse des R. G. in Bd. II S. 127 fg. der Entscheidungen in Civilsachen näher ausgeführt ist. Vergleiche auch Lewis, in seinem Kommentar (2. Auflage Bd. 1 S. 371 und in Endemann's Handbuch, Bd. 4 S. 167 fg.). — Der vom Rheder dem Publikum als zur Ausstellung der Konnossemente überhaupt *legitimirt* bezeichnete Agent verpflichtet den Rheder — jedenfalls dem sich als Empfänger legitimirenden *dritten Inhaber* des Konnossements gegenüber — durch die Ausstellung eines Konnossements auch dann, wenn der *Ablader* dieselbe noch nicht *verlangen* konnte. Ein rechtlicher Unterschied in dieser Beziehung zwischen der dem Schiffer schon *gesetzlich*, einer dritten Person aber nur in Folge eines besonderen *Mandats* beiwohnenden Befugniß zur Ausstellung von Konnossementen ist nicht anzuerkennen. — Die Vorschriften des Art. 645 des H. G. B. über den *Inhalt* des Konnossements sind nicht dahin aufzufassen, daß das Konnossement ein durch die Beobachtung der daselbst vorgesehenen Form bedingter Formalakt sei, daß vielmehr der auf die Ausstellung oder Lieferung eines Konnossements Berechtigte zwar verlangen könne, daß dasselbe jenen Vorschriften gemäß ausgefertigt werde bezw. sei, daß aber, wenn es in der einen oder anderen Beziehung daran fehle, aus dem sonstigen Inhalte der Urkunde zu entnehmen sei, ob sie gleichwohl vom Aussteller als Konnossement *gewollt* war. — Wie die, nach Art. 607 des H. G. B. schon mit der Empfangnahme der Güter beginnende Verpflichtung des Verfrachters ex recepto vor und nach der Einladung der Güter in das Schiff ihrer rechtlichen Natur nach *dieselbe* ist, ebensowenig liegt ein Grund vor, die dem Verfrachter gegenüber dem Empfänger nach Art. 653 des H. G. B. übernommene selbstständige Verpflichtung aus dem *Konnossemente* als eine verschieden geartete aufzufassen, jenachdem zur Zeit der Ausstellung des Konnossements die Güter bereits wirklich in dem Schiffe verladen waren oder — wozu allerdings weder eine Berechtigung noch Verpflichtung vorlag — das Konnossement schon im Voraus auf die bloße Thatsache hin, daß der Schiffer die Güter behufs der Verladung entgegengenommen hatte, gezeichnet war und die Güter thatsächlich auch später nicht verladen sind. Durch den Umstand, daß die im Konnossemente individualisirten Güter unwahrer Weise als bereits verladen bezeichnet sind, wird lediglich insoweit eine Erweiterung der Verpflichtung des Verfrachters herbeigeführt, als dieser für den hierdurch dem Empfänger erwachsenen Schaden zu haften hat, und dadurch, daß die Güter auch später nicht an Bord des Schiffes gekommen sind, wird an sich dem Verfrachter *nur der Beweis erschwert*, daß diejenigen Güter, betreff deren er einen gesetzlichen oder aus dem Konnossemente hergeleiteten Grund der Befreiung von seiner Verpflichtung geltend macht, mit denjenigen Gütern *identisch* sind, welche auszuliefern er nach dem Konnossemente verpflichtet ist. — Nach Art. 653 des H. G. B. ist für die Rechtsverhältnisse zwischen dem Verfrachter und dem Empfänger der Güter der *Inhalt des Konnossements* entscheidend und muß insbesondere die Ablieferung der Güter darnach erfolgen. Dem Verfrachter ist dem Empfänger gegenüber die Verpflichtung zur *Vertretung* des Konnossements ganz *allgemein* und *unbeschränkt* auferlegt und das Gesetz hat denn auch in den nachfolgenden Artikeln die *Konsequenzen* dieses Grundsatzes gezogen. Vergleiche Entscheidungen des R. O. H. G. Bd. 3 S. 24 fg. und des R. G. Bd. 5 S. 81 fg. sowie Lewis, Seerecht (2. Auflage) Bd. 1 S. 390 fg. und in Endemann's Handbuch Bd. 4 S. 173. Ein *Gegenbeweis* gegen die Richtigkeit der Angaben des Konnossements ist an sich dem Verfrachter *nicht* gestattet. — Wie der Verfrachter dem Empfänger, wenn dieser nur der Vertreter des *Abladers* ist, alle Einreden opponiren darf, welche

ihm dem Letzteren gegenüber zustehen würden (vergl. Protokolle S. 2279), so kann der Verfrachter sich dem Empfänger, und zwar nach Art. 303 des H. G. B. auch dem durch Indossirung eines an Order ausgestellten Konnossements legitimirten Empfänger gegenüber — nicht nur der sich aus dem Konnossemente selbst etwa ergebenden Einreden, — sondern auch solcher Einreden bedienen, welche ihm unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger (und mithin auch gegen denjenigen, in dessen Vertretung Ansprüche aus dem Konnossemente erhoben werden) zustehen. Die durch das Konnossement begründete Verpflichtung ist nun aber keine Formal-Obligation, der Gegenstand der Verpflichtung des Verfrachters aus dem Frachtvertrage, beziehungsweise aus dem Receptum wird vielmehr an sich durch die Ausstellung des Konnossements nicht geändert und das Konnossement hat nur die Bestimmung, einer sich durch dasselbe legitimirenden dritten Person im Interesse der Sicherheit des Handelsverkehrs und der Negotiabilität solcher Urkunden einen selbstständigen, von dem Verhältnisse des Verfrachters zu dem Befrachter und Ablader unabhängigen und die Berufung des Verfrachters auf eine Unrichtigkeit des im Connossemente enthaltenen Empfangsbekenntnisses ausschließenden Anspruch zu gewähren. Dagegen liegt wegen dieser rechtlichen Natur der Konnossements-Verpflichtung kein Grund vor, dem Verfrachter den Einwand zu versagen, daß der klagende Konnossementsinhaber durch Geltendmachung des sich aus dem Konnossemente an sich ergebenden Anspruches sich aus dem Vermögen des Verfrachters ungerechtfertigter Weise bereichern würde, und die thatsächlichen Voraussetzungen dieses Einwandes sind im vorliegenden Falle genügend behauptet. Denn eine Bereicherung aus fremdem Vermögen im rechtlichen Sinne kann auch in einer Nichtverminderung des Vermögens bestehen und eine solche liegt auch dann vor, wenn jemand für einen Schaden, durch welchen er selbst betroffen wird, ohne Rechtsgrund von einem Anderen Ersatz erhält, beziehungsweise wenn er einen Verlust, welchen er zu tragen gehabt haben würde, nicht erleidet, weil ein Anderer denselben ohne Rechtsgrund trägt. I. C. S. i. S. Andersen c. Bachmann vom 5. Dezember 1887, Nr. 288/87 I.

IV. Sonstige Reichsgesetze.

Zur Reichsverfassung.

23. Dem Kl. ist darin beizutreten, daß es keine Reichsmilitärverwaltung, sondern nur Kontingentsverwaltungen der Einzelstaaten giebt. Es kann dahin gestellt bleiben, ob dieser Satz schon daraus abgeleitet werden darf, daß in der Reichsverfassung die Militärverwaltung den Einzelstaaten nicht ausdrücklich entzogen ist; denn wenn man dies auch verneinen wollte, so führen doch die in der Reichsverfassung über das Militärwesen enthaltenen Bestimmungen und insbesondere der Art. 63 der Reichsverfassung mit Nothwendigkeit zu der Annahme, daß nach der Absicht der vertragschließenden Staaten die Selbstständigkeit der Militärverwaltung in den Einzelstaaten im Prinzip aufrecht erhalten werden sollte. Schon der Abs. 3 des Art. 63 wäre schwer mit der gegentheiligen Annahme vereinbar, da es einer Hervorhebung der darin dem Kaiser vorbehaltenen oder eingeräumten Rechte nicht bedurft hätte, wenn das Landheer der unmittelbaren Verwaltung des Reichs hätte unterstellt werden sollen. Entscheidend ist aber, wie der Kl. mit Recht hervorhebt, der Abs. 5 des genannten Artikels. Wenn dort bestimmt wird: Behufs Erhaltung der unentbehrlichen Einheit in der Administration, Verpflegung, Bewaffnung, und Ausrüstung aller Truppentheile des deutschen Heeres sind die bezüglichen künftig ergehenden Anordnungen für die preußische Armee den Kommandeuren der übrigen Kontingente durch den Art. 8 Nr. 1 bezeichneten Ausschuß für das Landheer und die Festungen zur Nachachtung in geeigneter Weise mitzutheilen, so läßt diese Bestimmung nur die Deutung zu, daß die Militärverwaltung der Einzelstaaten an sich eine selbstständige ist und nur im Interesse der Einheit durch die hier gegebene Vorschrift eine Beschränkung erleiden sollte. Auch steht damit die thatsächliche Uebung im Einklang: es besteht keine oberste Reichsbehörde für Militärverwaltung; es giebt nur ein preußisches, sächsisches und württembergisches Kriegsministerium, welchem die Verwaltung der einzelnen Landeskontingente obliegt. Bedenken gegen diese Auffassung lassen sich auch nicht daraus entnehmen, daß in der Verordnung vom 23. November 1874, betreffend die Zuständigkeit der Reichsbehörden zur Ausführung des Gesetzes vom 31. März 1873 rc. (R. Ges. Bl. S. 135) bezw. in dem dieser Verordnung angehängten Verzeichnisse der Reichsbehörden die königlich preußischen, sächsischen und württembergischen Kriegsministerien zu den obersten Reichsbehörden und die Corpsintendanturen zu den höheren der obersten Reichsbehörde unmittelbar untergeordneten Reichsbehörden gerechnet werden. Diese Bezeichnung findet ihre Erklärung durch den § 159 des Reichsbeamtengesetzes vom 31. März 1873 (R. Ges. Bl. S. 61), nach welchem die Ausführung dieses Gesetzes mittelst einer vom Kaiser zu erlassenden Verordnung zu regeln war; durch die letztere sollten namentlich diejenigen Behörden näher bezeichnet werden, welche unter den in diesem Gesetze erwähnten Reichsbehörden verstanden sein sollen. Aus der in der genannten Ausführungsverordnung gewählten Bezeichnung lassen sich daher keine Schlüsse ziehen auf die staatsrechtliche Stellung der Behörden in ihren sonstigen Beziehungen zu den Einzelstaaten bezw. zum Reich. Ebensowenig kann daraus etwas gefolgert werden, daß das Gesetz vom 25. Mai 1873 über die Rechtsverhältnisse der zum dienstlichen Gebrauch einer Reichsverwaltung gebrauchten Gegenstände (R. Ges. Bl. S. 113) sich, wie nicht zu bezweifeln ist (vergl. § 7 des Gesetzes), auch auf die Militärverwaltung bezieht. Denn durch den § 1 des Gesetzes wird außer Zweifel gestellt, daß unter Reichsverwaltung im Sinne dieses Gesetzes nicht blos die Amtszweige zu verstehen sind, welche sich in der eigenen und unmittelbaren Verwaltung des Reichs befinden, sondern, daß durch diesen Ausdruck jede „aus Reichsmitteln zu unterhaltende Verwaltung" hat umfaßt werden sollen. Wenngleich hiernach angenommen werden muß, daß die Militärverwaltung, von den aus der Verfassung sich ergebenden Beschränkungen abgesehen, den Einzelstaaten als selbstständiger Verwaltungszweig verblieben ist, so wird diese Verwaltung immerhin geführt auf Rechnung und in Vertretung des Reichs. Eingehend begründet. III. C. S. i. S. Reichsfiskus c. Becker vom 9. März 1888, Nr. 153/87 III.

Zum Genossenschaftsgesetz.

24. Das Verfahren, welches § 52 ff. des Reichsgenossenschaftsgesetzes zur Befriedigung der im Konkurse einer Genossenschaft ungedeckt gebliebenen Gläubiger anordnet, berührt zwar die Rechte

der Gläubiger, indem es ihnen auf kürzestem Wege zu ihren Forderungen verhilft nnd die Nothwendigkeit erspart, dieselben von den haftpflichtigen Genossenschaftern selbst einzuziehen. Dennoch ist den Genossenschaftsgläubigern von dem Gesetze kein Anspruch auf Einleitung, Fortstellung und Abschluß dieses sogenannten Umlageverfahrens eingeräumt. Vielmehr bildet dasselbe lediglich eine innere Angelegenheit der Genossenschuft, deren Rechte der Vorstand oder die an dessen Stelle getretenen Liquidatoren wahrzunehmen haben (vergl. Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. 3 Ne. 7 S. 12). Der Vorstand wird in dem Umlageverfahren nicht als Beauftragter oder Geschäftsführer dee Gläubiger thätig. Mit der Anfertigung des Vertheilungsplanes, der Erhebung der Genossenschafterbeiträge nnd der bestimmungsmäßigen Verwendung derselben erfüllt er nnr die ihm von dem Gesetze (§§ 52, 55 Abs. 3, 57, 58) auferlegten Pflichten. Er vertritt dabei nicht die Gläubiger, sondern nue die Genossenschaft den nach § 9 Abs. 2 des Gesetzes beitragspflichtigen Genossenschaftern gegenüber. Im Falle der Nichterfüllnng seiner Verbindlichkeiten hält ihn das Gericht von Amtswegen zue Befolgung der gesetzlichen Vorschriften durch Ordnungsstrafen an (§ 66 Abs. I des Gesetzes); auch ist für diesen Fall in § 60 des Gesetzes bloß den betheiligten Genossenschaftern, nicht den Gläubigeen, das Recht zugestanden, bei Gericht die Beauftragung anderer Personen mit den Verrichtungen des Vorstandes zn beantragen. VI. C. S. i. S. Strohbuch c. Metzner vom 8. Mäez 1888, Nr. 3/88 VI.

Zum Reichshaftpflichtgesetz.

25. Es unterliegt keinem Zweifel, daß höhere Gewalt nicht bloß in einem dnech Naturkräfte, sondern anch in einem durch Handlungen von Menschen herbeigeführten Ereignisse bestehn kann. Hiervon sind zwne im Allgemeinen die im Dienste handelnden Organe des Betriebsunternehmers auszuschließen, allein nicht fremde Personen, wenn solche auch wie hier von der Betriebsverwaltung zur Beförderung mit der Eisenbahn in das Innere des Bahnhofs eingelassen worden sind. Im vorliegenden Falle ist das nngewöhnliche Anstürmen des der Beförderung harrenden Publiknms auf einen einfahrenden Zug als ein solches Ereigniß angesehen worden. Dabei ist nicht bloß unerkannt, daß die Verwaltung die äußersten Vorsichtsmaßregeln ungewendet habe, um ein geordnetes Einsteigen zu ermöglichen, sondern es wurden auch die getroffenen Maßregeln, namentlich die Znlassung der ganzen Menge anf die Perons und die Aufstellung und Verwendung von 80 Aufsichtspersonen, objektiv als znr Veehütung von Unglücksfällen zweckmäßige und den Erfolg verbürgende Anordnung beurtheilt. Der gleichwohl eingetretene Unfall aber wird auf ein übee jede mögliche Voraussicht gehendes, durch nichts geeechtfertigtes Anstürmen des Publikums auf den langsam in die Halle geschobenen Ergänzungszug 53 zurückgeführt, welchem auch ein stärkeres Personal nicht hätte widerstehen können und welches vermöge der Rücksichtslosigkeit, Hast und Wildheit der andrängenden Menge nuch bei Massenbeföderungen nicht unter die gewöhnlichen Folgen des Betriebes zu rechnen sei. Die höhere Gewalt wird daher weder aus dem bloßen Mangel einer Verschuldung der Bahnverwaltung abgeleitet, noch wird verkannt, daß gegenüber dem vorauszusehenden Andrang einer so bedeutenden Menschenmenge außerordentliche Schutzmaßregeln getroffen werden mußten, welche auch zur Abwendung von erfahrungsmäßig bei solchen Gelegenheiten durch Hast und Unbesonnenheit vorkommenden schudenbringenden Zufällen geeignet waren. Daß nicht absolute Unabwendbarkeit gefordert wird, um ein Ereigniß als höhere Gewalt gelten zu lassen, sondern daß nur solche Vorkehrungen zur Abwehr ins Auge gefaßt wurden, welche zu dem erstrebten Erfolge nach allgemeinen Verkehrsanschauungen im Verhältniß standen, erscheint nicht als rechtsirrthümlich und entspricht der bisherigen Rechtsprechung des R. G. II. C. S. i. S. Lehmann c. Badischer Fiskus vom 27. März 1888, Nr. 30/88 II.

26. Duech die in dem § 2 des Reichshaftpflichtgesetzes vom 7. Juni 1871 aufgestellten Rechtsnormen ist die Verpflichtung des Arbeitgebers znm Ersatze des Schadens, welchen ein Arbeitee bei seinen Dienstverrichtungen eeleidet, lediglich e e w e i t e r t. Wäheend der Aebeitgeber bis dahin nue nach den Grundsätzen des Dienstmiethvertrages bezw. dee actio legis Aquiliae für eigenes Verschulden einzustehen hatte, hat derselbe nunmehr, wenn im übrigen die Voraussetzungen des § 2 a. a. O. vorliegen, auch für das Verschulden der dort bezeichneten Aufsichtspersonen zu haften. Die enge Beziehung, in welcher der Anspruch aus dem § 2 des Haftpflichtgesetzes zu dem disher geltenden Rechte steht, hat auch in dem Gesetz selbst einen Ausdruck dadurch gefunden, daß im § 9 Abs. 2 desselben die in den §§ 3, 4, 6 bis 8 des Gesetzes enthaltenen Vorscheiften auch auf die vorbezeichneten Klagen ausgedehnt sind. Bei dieser Sachlage muß die gegentheilige Ansicht des B. R. für rechtsirrthümlich erachtet werden; sie würde auch praktisch insofern zu bedenklichen Konsequenzen führen, als häufig den Verletzten und noch mehe den Hinteebliebenen eines Getödteten eine genaue Kenntniß des Hergangs fehlt und ihaen bei der Kürze der Verjährungsfrist nicht selten die Verfolgung eines wohlbegründeten Rechts unmöglich gemacht werden würde, wenn man ihnen versagen wollte, auf Grund der Beweisverhandlungen Thatsachen geltend zu machen, welche abweichend von dem Klagevorbringen ein von dem Aebeitgeber zu vertretendes Verschulden dritter Personen darlegen sollen. In dem umgekehrten Falle ist denn auch das R. G. bereits von dem gleichen Grundsatz ausgegangen (vergl. Bolze Praxis des R. G. Bd. II Nr. 1555 Ziff. 8). III. C. S. i. S. Voß c. Aktiengesellschaft Germania vom 23. März 1888, Nr. 317/88 III.

27. Von Endemann, die Haftpflicht der Eisenbahnen, Bergwerke u. s. w. 3. Aufl. S. 1657, wied die Ansicht vertreten, daß der Anspruch anf Bestellung einer Sicherheit, welchen § 7 des R. H. G. dem Verletzten neben dem Anspruch auf Schadensersatz gewährt, vor Feststellung dieses letzteren Anspruchs erhoben weeden könne, daß es, um mit dem Recht auf Sicherheitsbestellung durchzudringen, nach der Absicht des Gesetzgebers genüge, wenn das Vorhandensein des Ersatzanspruchs wenigstens wahrscheinlich gemacht sei. Diese Ansicht kann nicht gebilligt weeden. Nach Abs. 1 des § 7 hat das Gericht über die Höhe des Schadens sowie darüber, ob und in welchee Art und Höhe Sicherheit zu bestellen ist, nach freiem Ermessen zu erkennen. Durch dieses Erkenntniß soll nach der einen wie nach der anderen Richtung nicht ein einstweiliger Zustand geregelt werden, es soll durch die Verurtheilnng des Verpflichteten zu Bestellung einer Sicherheit in gleicher Weise wie durch die Entscheidung über die Höhe des Schadens ein definitiver Rechtszustand hergestellt

werden; dies ergiebt sich aus der angeführten Bestimmung des Abs. 1 in Verbindung mit dem übrigen Inhalt des § 7, sofern dadurch dem Verpflichteten kein Mittel an die Hand gegeben wird, eine Aufhebung oder Abänderung der gemäß Abs. 1 rechtskräftig erfolgten Verurtheilung zur Sicherheitsbestellung herbeizuführen. Eben deshalb spricht die Vermuthung gegen die Annahme Endemann's. Der Berechtigte mag, wie Endemann weiterhin bemerkt, unter Umständen, wie nämlich die diesfallsigen Voraussetzungen nach der C. P. O. zutreffen, schon vor Entscheidung über seinen Ersatzanspruch einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung erwirken können. Das hier in Frage stehende, dem Berechtigten durch § 7 gewährte Recht auf Sicherheitsbestellung aber kann nicht für einen nur erst wahrscheinlich gemachten Ersatzanspruch geltend gemacht werden, setzt vielmehr die (vorherige oder gleichzeitige) Festsetzung des Ersatzanspruchs voraus, und zwar nicht nur, wie aus dem Angeführten sich ergiebt, nach der muthmaßlichen Absicht des Gesetzgebers, sondern auch nach dem Wortlaut des Gesetzes; wie Eger das R. H. G. 3. Aufl. S. 519 zutreffend bemerkt, läßt nämlich die enge Verbindung der bezüglichen Vorschriften in Satz 1 des § 7 erkennen, daß der Gesetzgeber die vorgängige alleinige Geltendmachung des Rechts auf Sicherheitsleistung nicht im Auge gehabt hat. VI. C. S. i. S. Milleville c. Stettiner Maschinenbauanstalt vom 5. März 1888, Nr. 334/87 VI.

Zur Kaiserlichen Verordnung vom 7. Januar 1880.

28. Selbst dann, wenn — was hier dahingestellt bleiben kann — eine analoge Anwendung der Vorschrift des Art. 22 cit., nach welcher in allen Fällen, wo den vorhergehenden Artikeln zufolge eines von zwei Schiffen dem anderen aus dem Wege zu gehen hat, dieses letztere seinen Curs beibehalten muß, überall als zulässig erscheinen sollte, würde doch hierdurch die Anwendbarkeit der Bestimmung des Art. 24 der Verordnung, daß keine ihrer Vorschriften den Führer oder die Mannschaft eines Schiffes von den Folgen einer Versäumniß irgend einer durch die gewöhnliche seemännische Praxis oder durch die besonderen Umstände des Falles gebotenen Vorsichtsmaßregel befreien soll, um so weniger beeinträchtigt werden, als schon der vorausgehende Art. 23 der Verordnung, mit welchem die „Vorschriften über das Ausweichen der Schiffe" abschließen, ausdrücklich bestimmt, daß bei Befolgung und Auslegung dieser Vorschriften stets gehörige Rücksicht auf alle Gefahren der Schifffahrt sowie auf solche besondere Umstände zu nehmen ist, welche zur Abwendung unmittelbarer Gefahr ein Abweichen von diesen Vorschriften nothwendig machen. Mit Recht hat schon das R. O. H. G. in Bd. 13 S. 115 ff. seiner Entscheidungen den Grundsatz aufgestellt, bei einer drohenden Schiffskollision liege jeder Besatzung der in Gefahr befindlichen Schiffe ob, kein Manöver und keine Thätigkeit zu unterlassen, welche zur Abwendung der Collision oder der schädlichen Wirkungen derselben geeignet erscheine, und diesen Grundsatz mit der Gemeinsamkeit der Gefahr und der Vorschrift des Art. 20 der damals gültigen Verordnung, welcher dem Art. 24 der Kaiserlichen Verordnung vom 7. Januar 1880 entspricht, motivirt. I. C. S. i. S. Richertsen c. Hamb. Südamerik. Dampfschiff. Ges. vom 24. März 1888, Nr. 6/88 I.

Zu den Reichsstempelgesetzen.

29. Das Reichsstempelgesetz vom 1. Juli 1881, unter dessen Herrschaft die hier in Frage stehenden Verträge abgeschlossen sind, macht zwischen Kauf- und Lieferungsgeschäften im kaufmännischen Verkehr, und anderen gleichartigen Verträgen einen grundsätzlichen Unterschied. Die Geschäfte der ersteren Kategorie, deren Charakteristisches nach den Motiven zu § 9 c cit. — Stenogr. Ber. Anl. II. Bd. Nr. 59 S. 342 — darin zu finden, daß der Gegenstand zur Weiterveräußerung, sei es in derselben Beschaffenheit oder nach vorgängiger Bearbeitung resp. Verarbeitung bestimmt ist, oder, daß es sich um Anschaffung von gewerblichen Betriebsmaterialien, z. B. Kohlen zur Heizung, Farbstoffe und dergleichen handelt, unterliegen der Reichsstempelabgabe. Verträge über die in Nr. 4a des Tarifs bezeichneten Sachen oder Waaren dagegen, welche nicht zu jener Kategorie gehören, z. B. Bauunternehmungsverträge, worin zugleich die Lieferung der Materialien bedungen ist, Verträge der Eisenbahnverwaltungen über Schwellen, Schienen und dergleichen, sind von der Reichsstempelabgabe ausgeschlossen, und sollen auch für die Zukunft der landesgesetzlichen Besteuerung unterworfen sein. Das bezogene Gesetz, welches ausgesprochenermaßen die Besteuerung der Geschäfte des Handelsverkehrs von Reichswegen regeln will, ist nun, was letztere betrifft, in grundsätzlicher Uebereinstimmung mit den Vorschriften des Deutschen H. G. B. auszulegen. Wie in Rechtslehre und Judikatur anerkannt, vergleiche v. Hahn, Bd. II S. 7; Anschütz und Völderndorf, Bd. III S. 6 seq.; Goldschmidt, Handelsrecht Bd. I S. 546, 685, R. O. H. G. Bd. XI S. 340 — liegt der originäre Erwerb durch Produktion, Selbsterzeugung, wozu auch die Gewinnung von Mineralien und Fossilien durch Bergbau und Grubenbetrieb gehört, außerhalb des Gebietes des Handels —, und daraus folgt, wie v. Hahn l. cit. Note 6 hervorhebt, daß die gewerbmäßig auf einen solchen Erwerb gerichtete Thätigkeit die Kaufmannseigenschaft nicht begründen kann, auch dann nicht, wenn der Betrieb in sogenannter kaufmännischer Weise vor sich geht. Im vorliegenden Falle handelt es sich nun um die Lieferung von Hölzern, welche zur Benutzung bei dem Betriebe der klägerischen Kohlengruben bestimmt waren. Die bezüglichen Lieferungsgeschäfte könnten nur als kaufmännische Hülfsgeschäfte im Sinne des Art. 273 Abs. 2 des Deutschen H. G. B., oder als Geschäfte des kaufmännischen Verkehrs im Sinne des R. G. dann gelten, wenn die klagende Gesellschaft als Kaufmann und ihr Gewerbebetrieb als kaufmännischer Gewerbebetrieb anzusehen wäre. An dieser Voraussetzung fehlt es nach Vorstehendem aber, — und aus diesem Grunde muß schon die Klage, welche sich darauf stützt, daß die fraglichen Geschäfte als dem Reichsstempel unterworfen anzusehen, scheitern. Was nun den Begriff der gewerblichen Betriebsmaterialien im Sinne des R. G. betrifft, so ist derselbe unbedenklich eng aufzufassen. Dafür spricht die Tendenz des § 9 c l. cit. und ebenso weisen die in den oben angeführten Motiven gebrauchten Beispiele darauf hin. An der Hand des Art. 273 Abs. 2 des Deutschen H. G. B. ließe sich etwa definiren: Material, welches bei dem Betriebe des Gewerbes unmittelbar benutzt oder verbraucht werden soll; vergleiche das bei Labus Preuß. Stempelgesetz S. 129 angeführte Ministerialreskript vom 3. Oktober 1884. Immerhin wird wohl der Begriff nicht bestimmt zu begrenzen sein, und namentlich

die Unterscheidung zwischen Betriebsmitteln und Betriebsmaterialien schwankend bleiben. Daß nun die Frage im einzelnen Falle nicht bloß rechtlicher Natur ist, sondern auch eine Prüfung des Thatsächlichen resp. Technischen, was dabei in Betracht kommt, voraussetzt, bedarf keiner Hervorhebung, und ist auch vom O. L. G. nicht verkannt. Dasselbe nimmt nur an, daß es für die Beurtheilung des gegenwärtigen Falles, wo es sich um die Lieferung von Grubenhölzern handelt, einer besonderen Sachkunde nicht bedürfe, und deßhalb auch auf den klägerischerseits erbotenen Beweis nicht einzugehen sei. Diese Ablehnung liegt aber in dem Kreise des dem O. L. G. gesetzlich zustehenden Ermessens, und kann daher einen Revisionsangriff nicht begründen. Das O. L. G. stellt dann fest, daß die fraglichen Hölzer bestimmt waren, in die klägerischen Gruben als Stützen eingebaut zu werden, und so zur Ausrüstung der Betriebsstätte, zur Vorbereitung und Sicherheit des Betriebes zu dienen. Wenn dasselbe hiernach jenen Hölzern die Eigenschaft gewerblicher Betriebsmaterialien im Sinne des R. Ges. abgesprochen hat, so kann darin nach Vorstehendem eine rechtsirrthümliche Auffassung nicht gefunden werden. II. C. S. i. S. Zeche Dahlbusch c. Fiskus vom 17. März 1888, Nr. 336/87 II.

V. **Das Gemeine Recht.**

30. Es handelt sich zunächst um die Frage, ob der Ehegatte, welcher dem anderen ernstlich die allgemeine Erlaubniß zum Ehebruche ertheilt habe, hierdurch hinterher verhindert sei, wegen Ehebruches auf Scheidung zu klagen. Auch die bejahende Ansicht hat wohl ihre Vertretung gefunden, wie z. B. in dem bei Seuffert, Archiv Bd. 20 Nr. 41, und vielleicht auch in dem daselbst Bd. 23 Nr. 34 abgedruckten Urtheile. Indessen war unbedenklich der entgegengesetzten Meinung des Hanseatischen O. L. G. beizutreten; denn die Worte des c. 6 X. de eo qui cogn. consang. 4, 13: „cum adulterium ei non possit objicere, qui eam adulterandam tradidit, praesertim invitam", nöthigen sicher zu keiner weitergehenden Annahme, als daß durch die Verkuppelung der eigenen Ehefrau oder durch die anderweitige thätige Mitwirkung zur Herbeiführung eines bestimmten Ehebruches des anderen Ehegatten die auf Grund dieses einzelnen Ehebruches auszusprechende Ehescheidung ausgeschlossen werde, und im Uebrigen verbietet die sittliche Bedeutung der Ehe, einer solchen allgemeinen Erlaubniß irgend welche Rechtswirkung beizulegen. Für diese Ansicht vergl. die Entscheidung bei Seuffert a. a. O. Bd. 8 Nr. 268 und Bd. 27 Nr. 139, sowie v. Scheurl, Eherecht S. 319 vergl. mit S. 288 f. Sodann hat der Bekl. gerügt, daß noch der Nachweis für erforderlich gehalten sei, daß die Kl., als sie ihm die ihre Verzeihung kundgebenden Briefe schrieb, gerade von seinem ehebrecherischen Verhältnisse mit dieser bestimmten Person Kenntniß gehabt habe, während doch feststehe, daß der Bekl. auch schon andere Ehebrüche begangen habe, und daß dies der Kl. damals im Allgemeinen bekannt gewesen sei. Die geschriebenen Rechtsquellen nun geben keine ausdrückliche Auskunft über die Frage, eine wie spezielle Richtung die Verzeihung gehabt haben müsse, durch welche die Beseitigung eines bestimmten Ehescheidungsgrundes bewirkt sein soll; c. 8 C. XXXII qu. 1 und c. 25 X. de jurejur. 2, 24 erkennen nur diese Wirkung der Verzeihung dem Ehebruche gegenüber im Allgemeinen an. Es liegt aber in der Natur der Sache, daß, wenn man auch nicht gerade mit v. Scheurl a. a. O. annehmen will, daß die wirksame Verzeihung jedes einzelnen Ehebruches Kenntniß desselben voraussetze, doch immer nur diejenigen Ehebrüche als verziehen gelten können, welche sich der verzeihende Ehegatte, sei es in mehr oder in weniger bestimmter Abgrenzung, als Gegenstand seiner Verzeihung vorgestellt hat. Ein Ehegatte kann von seinem Standpunkte aus guten Grund haben, den einen Ehebruch zu verzeihen, den anderen nicht. Wie weit die Verzeihung im einzelnen Falle in dieser Beziehung reiche, ist dann Thatfrage. VI. C. S. i. S. Gramm c. Gramm vom 28. März 1888, Nr. 19/88 VI.

31. Zum Begriff des nützlichen Aufwandes gegenüber der Vindikation reicht nicht aus, daß die Sache an sich durch den Aufwand werthvoller geworden ist. Der Richter soll nach l. 38 D. d. r. o. VI. 1 die Lage des Eigenthümers in Betracht ziehen und erwägen, ob auch der Eigenthümer diesen Aufwand gemacht oder nach seinen Verhältnissen von demselben abgesehen haben würde; wenn hierbei der Armuth des Eigenthümers besonders gedacht wird, so kann doch hierin nicht ein entscheidender Gesichtspunkt, sondern nur ein Beispiel gesehen werden, welches in scharfer Weise hervortreten läßt, daß nicht die Interessen des Inhabers, auch nicht die bloße Steigerung des Ertrags- oder Verkaufswerths, sondern die Lage und die Verhältnisse des Eigenthümers als maßgebend anzusehen sind. Hatte daher der Eigenthümer der Sache eine Bestimmung gegeben, bei welcher der Aufwand des Inhabers die Sache ertragreicher zu machen nicht geeignet ist, so kann der Eigenthümer nicht genöthigt werden, einen Kapitalaufwand zu machen, welchen er nur durch eine andere wirthschaftliche Behandlung der Sache oder durch einen Verkauf derselben nutzbar machen beziehungsweise wiedergewinnen würde. III. C. S. i. S. Friedrichs c. Hische vom 6. März 1888, Nr. 294/87 III.

32. So wenig es der Natur der Reallasten widerstreitet, daß dem Eigenthümer eines Grundstücks von demjenigen, der ein abgeleitetes Recht an demselben hat, Abgaben in der Form der Reallasten geleistet werden, so wenig erscheint es bei dem Verhältniß, in welchem früher die bäuerlichen Grundbesitzer zum Gutsherrn standen, ausgeschlossen, daß die Bauern, mochten sie auch erst durch die Verfestung ein rechtlich gesichertes dingliches Recht im römisch-rechtlichen Sinne an ihren Grundstücken erlangen, schon vor der Verfestung Abgaben an den Grundherrn zahlten, welche mit Rücksicht auf ihre Unveränderlichkeit und Gleichmäßigkeit als auf den Grundstücken lastende Reallasten erscheinen, wie denn auch nach der Feststellung des B. G. die qu. Abgaben in den Festebriefen zum Theil als „auf dem Grundstücke bereits liegende Lasten" bezeichnet werden. III. C. S. i. S. Geltorf Abl. vom 9. März 1888, Nr. 266/87 III.

33. Die Revision der Bekl. betrifft nur die Frage, ob der Bekl. als Erbin der Fiduziarerbin bei der Restitution des Fideikommisses der Abzug der Trebellianischen Quart zustehe. Diese Frage ist zu verneinen und zwar in Anwendung des Pr. R. auf Grund des § 467 Thl. I Tit. 12 A. L. R., in Anwendung des gemeinen Rechts auf Grund der Nov. 1 cap. 2 § 2 (Windscheid Pandekten III § 651 Anmerkung I und von Vangerow Pandekten II S. 504 ff.). Denn in letzterer Beziehung stellt der B. R. durch Auslegung des Testaments

ohne Rechtsirrthum unanfechtbar fest, daß der Erblasser seinen Willen dahin im Testament kund gegeben hat, das alles aus seinem Nachlasse auf die eingesetzten Erben Fallende der Substitution unterliegen sollte; damit ist die Möglichkeit eines anderen Vererbungsgrundsätzen unterliegenden Abzugs ausgeschlossen und das Verbot eines solchen gegeben. IV. C. S. i. S. Zeppenfeld c. Seibertz vom 23. März 1888, Nr. 369/87 IV.

34. Wenn mit dem B. G. anzunehmen ist, daß in der Anordnung des Testators, daß dem Ehemann seiner Tochter Alwine die ehemännlichen Verwaltungs- und Nutzungsrechte an dem Erbtheile seiner Tochter entzogen sein sollen, eine Beschränkung des Pflichttheils der Tochter enthalten sei, so verletzt doch die weitere Annahme, daß diese Beschränkung unter dem Gesichtspunkte einer exheredatio bona mente facta für rechtsbeständig zu erachten sei, nicht das Gesetz. Wie in dem Ausschlusse vom Pflichttheile eine Verletzung des Pflichttheilsberechtigten dann nicht liegt, wenn sie in wohlmeinender Absicht geschehen ist, so ist auch aus gleichem Grunde eine Zuwendung des Pflichttheils unter Beschränkungen statthaft. Es muß allerdings ein Grund vorhanden sein, aus welchem die unbeschränkte Zuwendung des Pflichttheils an den Notherben bedenklich, vielmehr die Beschränkung der freien Verfügung über den Pflichttheil seinem Interesse dienlich und gerechtfertigt erscheint, und es muß von dem Testator wenigstens im Allgemeinen der Grund im Testamente angegeben werden, welcher ihn zu der Enterbung in guter Absicht oder zur Beschränkung der Disposition des Notherben bewogen hat. Wenn nun auch in dem Testamente des Vaters der Ehefrau des Kl. nicht ausdrücklich ausgesprochen ist, daß und aus welchem Grunde er die in § 8 des Testamentes enthaltene Verfügung in wohlmeinender Absicht und im Interesse der Ehefrau des Kl. getroffen habe, so ergiebt sich doch aus dem Inhalte des Testamentes, daß den Testator zu dieser Verfügung die Besorgniß bestimmt hat, der Ehemann seiner Tochter Alwine, welcher bereits in Konkurs gerathen war, in welchem der Testator eine erhebliche Summe, welche er seiner Tochter als Darlehn gegeben, verloren hatte, werde, falls er die nach dem in der Stadt Lüneburg geltenden ehelichen Güterrechte dem Ehemanne zustehenden Rechte an dem Erbtheile seiner Frau erhalte, in einer die Interessen der Tochter gefährdenden Weise über diesen Erbtheil verfügen. Darin aber, daß der Notherbe mit einer Person verheirathet ist, von welcher zu besorgen ist, daß sie in Folge der ihr aus dieser ehelichen Verbindung zustehenden Rechte über das ererbte Vermögen in einer die Interessen des Notherben gefährdenden Weise verfügen werde, liegt einer der zur exheredatio bona mente facta berechtigenden Gründe. III. C. S. i. S. Meyer c. Meyer vom 3. Februar 1888, Nr. 261/87 III.

VI. **Das Preußische Allgemeine Landrecht.**

35. Wenn auch der Blödsinnige noch nicht unter Vormundschaft gesetzt ist, so gilt doch die Vermuthung, daß derjenige betrügerisch gehandelt habe, welcher durch die Willenserklärung — des Blödsinnigen — mit dem Schaden desselben sich zu bereichern sucht. Die Bedeutung des § 27 I 4 A. L. R. ist in verschiedener Beziehung streitig. Wollte man auch mit dem bei Gruchot Bd. 26 S. 406 abgedruckten Urtheil des R. G., vierten Civilsenats soweit gehen anzunehmen, es bedürfe bei einem später für blödsinnig Erklärten nicht des Nachweises des Blödsinns zur Zeit der angefochtenen Willenserklärung, sondern nur des Nachweises der Bereicherung, so muß doch dieser, wie es auch in jenem Urtheil geschieht, zur Begründung der Anfechtung für erforderlich erachtet werden. Nur gegen den soll die Vermuthung einer betrügerischen Handlungsweise gelten, welcher sich mit dem Schaden des später für blödsinnig Erklärten zu bereichern sucht. Es handelt sich also um den Nachweis eines Schadens, der bei einer Sicherheitsbestellung für Forderungen des Andern und deren Anerkenntniß nur durch den Nachweis der gänzlichen oder theilweisen Nichtexistenz dieser Forderungen geführt werden kann. V. C. S. i. S. Berg c. Rosenberg vom 28. März 1888, Nr. 26/88 V.

36. Es mag richtig sein, daß in dem Verweigern der Beseitigung der dem Kaufobjekt anhaftenden Mängel ein Verschulden des Verkäufers bei Erfüllung des Vertrages gefunden werden kann. In Anerkennung dieses Grundsatzes hat auch das R. G. in dem vom Kl. in Bezug genommenen Urtheil vom 18. März 1886 (Gruchot, Beiträge Bd. 30 S. 919) bereits angenommen, daß, wenn der Käufer innerhalb der Verjährungsfrist auf Grund des § 325 Thl. 1 Tit. 5 des A. L. R. Abstellung der Mängel fordert, und der Verkäufer sich dessen weigert, dieser sich dadurch dem Käufer verantwortlich macht. V. C. S. i. S. Hertwig c. v. Strachwitz vom 21. März 1888, Nr. 10/88 V.

37. Mit Recht nimmt der B. R. an, daß die sechsmonatliche Frist des § 345 Tit. 5 sich ebenso auf ausdrücklich zugesagte wie auf gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften bezieht und daß sie sowohl auf die Wandelungs- und Minderungsklage wie auf die Klage wegen Nachgewährung der fehlenden Eigenschaften Anwendung findet. — Der B. R. geht ferner mit Recht davon aus, daß die kurze Verjährungsfrist des § 343 Tit. 5 Thl. 1 des A. L. R. nicht anwendbar ist, falls ein vertretbares Versehen des Kl. vorliegt. — Er irrt aber, wenn er annimmt, daß, um den Anspruch aus einem vertretbaren Versehen zu begründen, es einer Angabe des Bekl. bedurft hätte, „worin speziell die seine Vertragspflichten verletzenden Handlungen des Kl. bestanden haben sollen und was zu geschehen habe, damit die Ziegelpresse das angeblich garantirte Quantum Vollsteine herstelle". Derartige spezielle Angaben können dem Besteller des Werkes nicht zugemuthet werden. Ist dasselbe fehlerhaft, so ist prima facie dargethan, daß der Mangel auf einem vertretbaren Versehen des Uebernehmers beruht und es ist Sache des letzteren, den Nachweis zu führen, daß ihn kein Verschulden trifft. I. C. S. i. S. Beilich c. Heber vom 10. März 1888, Nr. 24/88 I.

38. § 26 Thl. I Tit. 6 A. L. R. bestimmt, daß derjenige, welcher ein auf Schadensverhütungen abzielendes Polizeigesetz vernachlässigt, für den Schaden hafte, welcher durch die Beobachtung des Gesetzes hätte vermieden werden können. Daß der Schaden durch die Benutzung einer genügend langen Verkleidung hätte vermieden werden können, ist, wie ausgeführt, vom B. G. festgestellt. Solches genügt für die Anwendung des § 26 cit. Der Nachweis, daß der Schaden durch die Beobachtung des Polizeigesetzes thatsächlich vermieden worden wäre, ist nicht erforderlich. Allerdings muß es sich für die Anwendung des § 26 cit. um eine solche Gefahr handeln, welcher das Polizeigesetz hat vorbeugen wollen. VI. C. S. i. S. Harlwig c. Kleunen vom 26. März 1888, Nr. 18/88 VI.

39. Sowohl für den Verzug, ohne Unterschied, ob er durch

Ablauf des festgesetzten Erfüllungstermins oder durch Mahnung eintritt, wie auch für den unredlichen Besitzer ist nach gemeinem und nach preußischem Recht Verschulden erforderlich. (Vergl. l. 91 § 3 de verb. obl. 45, 1 v. Vangerow Pandekten § 588 Anm. 1; Windscheidt Pandekten Bd. II § 277 Anm. 4; §§ 26, 15, 20 Thl. I Tit. 16 A. L. R.; Dernburg, Preußisches Privatrecht Bd. II S. 165; Gruchot, Bd. 24 S. 451; §§ 11, 12, 14 Thl. I Tit. 7 A. L. R.; Dernburg a. a. O., wo auch die einschlägigen Stellen des römischen Rechts betreffend den unredlichen Besitzer angeführt sind.) Durch Rechtsirrthum wird das Verschulden nicht ausgeschlossen, wohl aber durch verzeihlichen faktischen Irrthum, wie die vorstehenden Citate bestätigen. IV. C. S. i. S. Zeppenfeld und Gen. c. Seibertz vom 23. März 1888, Nr. 369/87 IV.

40. Es fragt sich, in welchem Umfange der persönliche Schuldner (Kl.) seinen persönlichen Gläubiger (Bekl.) wegen einer Forderung des letzteren, zu deren Sicherung eine Hypothek bestellt ist, zu befriedigen hat, um von demselben das Aufgeben des Pfandrechts, die Bewilligung der Löschung der Hypothek, verlangen zu können. Daß für die persönliche Forderung eine Hypothek bestellt ist, hat für die Bemessung der Zahlungspflicht des persönlichen Schuldners keine besonderen Folgen. Der Schuldner hat dem Gläubiger zu zahlen, was er demselben nach Gesetz, Vertrag oder Urtheil zahlen muß, ohne Rücksicht darauf, wieweit die bestellte Hypothek haftet. Erst wenn er ganz befriedigt ist, hat der Gläubiger Quittung zu leisten und das Pfand zu enthaften. Ist kein Uebereinkommen unter den Parteien darüber vorhanden, wie die erfolgenden Zahlungen verrechnet werden sollen, so muß die geleistete Zahlung zunächst auf die Kosten und Zinsen angerechnet werden (A. L. R. Thl. I Tit. 16 §§ 153, 154). Die Abrechnung zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner geschieht also zuerst auf die Kosten, welche der Schuldner zu entrichten hat, dann auf die bis zum Zahlungstage verfallenen Zinsen, mögen es vorbedungene oder Verzugszinsen sein (vergleiche Plenarbeschluß des vormaligen Preußischen Obertribunals vom 19. September 1842, Entscheidungen Bd. 8 S. 19), und zuletzt auf das Kapital. Hiernach ist es für das Verhältniß zwischen dem persönlichen Schuldner und seinem Gläubiger ohne Einfluß, ob neben dem Kapitale noch Zinsen und Kosten eingetragen sind oder wieweit das Pfandgrundstück dafür haftet. Der Gläubiger verrechnet den ihm gezahlten Betrag zunächst auf die schuldigen Kosten und Zinsen und, was dann noch davon übrig ist, auf das Kapital. Wird er auch wegen des letzteren ganz befriedigt, so muß er Quittung und Löschungsbewilligung ertheilen. Reicht dazu die angebotene Zahlung nicht aus, so kann er dieselbe zurückweisen, weil er eine Theilzahlung nicht anzunehmen braucht (A. L. R. Thl. 1 Tit. 16 § 57), und es tritt die Verpflichtung zur Quittungsleistung und Pfandenthaftung nicht ein (vergleiche Urtheil des vormaligen Preußischen Obertribunals, Entscheidungen Bd. 50 S. 205, Striethorst Archiv Bd. 51 S. 121). V. C. S. i. S. Marcus c. Sieske vom 8. März 1888, Nr. 319/87 V.

41. Der § 210 I 17 bestimmt: „daß der Bevollmächtigte den mehreren Auftraggebern nur gemeinschaftlich Rede und Antwort zu geben schuldig ist" und verweist dabei auf § 450 bis 453 Thl. 1 Tit. 5. Nach § 450 können, wenn sich Jemand mehreren Personen zu einer und eben derselben Sache oder Leistung verpflichtet hat, die Mitberechtigten das gemeinschaftliche Recht in der Regel nur gemeinschaftlich ausüben, doch kann nach § 451 keiner der Mitberechtigten durch seine Handlungen oder Entsagungen das Recht der übrigen schmälern und nach § 453 sind die Befugnisse der mehreren Berechtigten unter sich nach den Grundsätzen vom gemeinschaftlichen Eigenthum zu beurtheilen. Diese Grundsätze sind ausgesprochen im 17. Titel, insbesondere im § 10 daselbst, nach welchem kein Theilnehmer ohne Beistimmung der übrigen über die gemeinschaftliche Sache, deren Besitz oder Benutzung gültige Verfügungen treffen kann. Der Werth dieser vom gemeinen Recht völlig abweichenden Vorschriften ist hier nicht zu beurtheilen (vergl. von Savigny Obligationenrecht Bd. 1 S. 289, 290; Koch Recht der Forderungen Bd. 2 S. 25 ff.); es ist lediglich der gesetzgeberische Wille, welcher demselben zu Grunde liegt, zu erörtern. Nach dem Wortlaute des § 450 könnte es scheinen, als ob bei solchen vermögensrechtlichen Gemeinschaften, wie die vorliegende ist, das Recht und die Zwecke des Einzelnen von dem Recht und den Zwecken der Gesammtheit völlig absorbirt sind; eine solche einseitige Auffassung entspricht indessen dem Standpunkte des A. L. R. nicht. Dasselbe erkennt vielmehr das Recht des Einzelnen in der Gemeinschaft als ein neben dem Recht der Gemeinschaft bestehendes besonderes Recht an, indem es in § 4 Th. I Tit. 17 bestimmt: Das Recht eines jeden Theilnehmers auf die gemeinschaftliche Sache gehört zum besonderen Eigenthum desselben. Dem § 89 der Einleitung zum A. L. R. gegenüber, nach welchem die Gesetze demjenigen, welchem sie ein Recht geben, auch die Mittel bewilligen, ohne welche dasselbe nicht ausgeübt werden kann, ist auch nicht abzusehen, aus welchem Grunde diesem Individualrecht des Einzelnen die Klage versagt sein sollte. Aber auch in vielen anderen Bestimmungen des A. L. R. ist dieses Individualrecht anerkannt. Wird dargelegt und dann gesagt: Das Obertribunal hat in dem Plenar-Beschluß vom 1. Dezember 1851 dem individuellen Interesse des einzelnen Theilnehmers und dem Interesse der Gemeinschaft in der nach dem Obigen vom Gesetzgeber gewollten Weise gleichmäßigen Schutz gewährt, dem ersten Interesse durch Zulassung der Klage des einzelnen Theilnehmers, dem letzteren durch die Beschränkung der Klage auf Rechnungslegung an die Gesammtheit der Berechtigten. Als fernere Beschränkung fügt das Obertribunal den für alle Schuldverhältnisse geltenden Satz hinzu, daß die Willkür des Gläubigers die Lage des Schuldners nicht verschlimmern darf. Es ist aber keine Verschlimmerung der Lage des Schuldners, wenn er zu der Rechnungslegung an die Gesammtheit, zu welcher er verpflichtet ist, auf die Klage des einzelnen Theilnehmers verurtheilt wird. Dieser Rechtsstandpunkt wird vom R. G. gebilligt. IV. C. S. i. S. Rasch c. Herbig vom 27. Februar 1888, Nr. 320/87 IV.

42. Dadurch, daß im vorliegenden Fall Vorauszahlung der Miethe bedungen war, ist zwar das zeitliche Verhältniß, welches regelmäßig zwischen der Leistung des Miethers und der des Vermiethers stattfindet, geändert worden; indeß hat der Charakter der beiderseitigen Verpflichtungen als sich gegenseitig bedingender Vertragsleistungen hierdurch keine Aenderung erfahren. Auch im Fall der Vorleistung des Miethers ist der Miethszins das Aequivalent für den vom Vermiether zu gewährenden Ge-

brauch der Sache. Entspricht der Vermiether seiner Verpflichtung nicht, so hat der Miether einen Anspruch auf Rückerstattung der vorausbezahlten Miethe. Diese Grundsätze ergeben sich aus der Natur des Miethsverhältnisses, auf welches die allgemeinen, für alle lästigen Verträge geltenden Vorschriften der §§ 317 f. Tit. 5, Thl. I des A. L. R. Anwendung finden. Die Besonderheit des Miethsvertrages, die, wie der B. R. richtig hervorgehoben hat, darin besteht, daß die Verpflichtung des Vermiethers, die Sache in brauchbarem Zustand zu gewähren, sich während der Dauer der Miethsperiode stetig erneuert, hat zur Folge, daß, wenn die Sache während dieser Dauer zeitweise zu dem bedungenen Gebrauch untauglich war, der Miether theilweise, nach dem Zeitverhältniß zu bemessende Rückerstattung der vorausbezahlten Miethe beanspruchen kann. Vergleiche den bereits im B. U. angezogenen § 384 Tit. 21, Thl. I des A. L. R. Ebenso kann der Anspruch auf theilweise Rückerstattung berechtigt sein, weil die Sache in der Zeit, während der sie vom Miether benutzt worden ist, ein minderes als das im Vertrage zugesicherte Maß der Brauchbarkeit gehabt hat. Es handelt sich dabei nicht um den Rücktritt vom Vertrage, sondern um einen Anspruch, der im Sinne des Preußischen Rechts (A. L. R. Thl. I Tit. 5, § 328) als Minderungsklage zu bezeichnen ist, der aber keineswegs mit dem Anspruch auf Schadensersatz zusammenfällt, welchen der Kl. sich besonders vorbehalten hat. I. C. S. i. S. Rost u. Co. c. Cyklop, Mehlis u. Behrens v. 29. Februar 1888, Nr. 375/87 I.

43. Der B. R. geht von der richtigen Rechtsanschauung aus, daß im Zweifel eine Grundgerechtigkeit auch schon dann als bewilligt gilt, wenn ein Grundstück so veräußert wird, wie es besessen und benutzt wurde, falls der Veräußerer bisher zu dessen Bewirthschaftung ein zweites ihm gehöriges Grundstück namentlich mittelst dauernder Anlagen in Anspruch genommen hatte. (Dernburg, Bd. 4 S. 755 4. Auflage; vergl. Entscheidungen des R. G. Bd. 13 S. 251). V. C. S. i. S. Günther c. Schmiesekamp u. Gen. vom 14. März 1888, Nr. 5/88 V.

44. Es lassen sich die Worte des § 484 II. 2. A. L. R. „Verträge, wodurch ein Kind von dem Nachlasse der Eltern ganz ausgeschlossen werden soll", nur dahin verstehen: „Verträge, wodurch ein Kind von dem Nachlaß eines der Eltern ganz ausgeschlossen werden soll". Denn einen Gesammtnachlaß beider Eltern kennt das Gesetz nicht. Auch in vorliegender Urkunde ist von solchem einheitlichen Gesammtnachlaß beider Eltern, von welchem der Sohn zwei drittel (also mehr als sein Pflichttheil) erhalten hätte, nicht ausgegangen, sondern der Sohn ist von dem Pflichttheil an dem Nachlaß seiner Mutter gänztich ausgeschlossen. Es ist auch anerkannten Rechtens, daß, wenn die Entsagung auch die Pflichttheilsportion des Entsagenden ergreifen soll, die Beobachtung der Form des § 484 nöthig ist ohne Unterschied, ob dem Entsagenden durch gewährte Abfindung des Pflichttheils, wie es sich im Augenblick des Abschlusses des Entsagungsvertrags oder später im Moment des Todes stellt, in der That erfüllt ist. (Dernburg Preußisches Privatrecht Bd. III § 180 not. 12; Entscheidungen des Obertribunals Bd. 7 S. 237; Striethorst 29 S. 104). IV. C. S. i. S. Helmecke c. v. Reuß u. Gen. vom 26. März 1888 Nr. 367/87 IV.

45. Die Urkunde enthält einen Vertrag, welcher von den als gesetzliche Miterben zu den Erbschaften ihrer Eltern berufenen Kindern geschlossen ist und durch welchen die letzteren den künftigen Erbschaften der Mutter, beziehungsweise des Vaters entsagten (von Koch Erbrecht S. 890 mit dem Namen „Erbschaftsvertrag" belegt). Für diesen Vertrag genügte, wie (mit Ausnahme von Koch's Erbrecht S. 897) in Theorie und Praxis anerkannt ist, die gewöhnliche Vertragsform (Bornemann Civilrecht Bd. 6 S. 151; Gruchot Erbrecht II S. 413; Foerster-Eccius IV § 265; Striethorst 40 S. 298; Entscheidungen des Obertribunals Bd. 63 S. 139). IV. C. S. i. S. Helmecke c. v. Reuß u. Gen. vom 26. März 1888 Nr. 367/87 IV.

46. Das A. L. R. stellt im § 113 Thl. II Tit. 11 den Grundsatz auf, daß die Rechte des Staates den Kirchengesellschaften gegenüber durch den Minister der geistlichen Angelegenheiten wahrzunehmen sind, soweit sie nicht dem Staatsoberhaupt ausdrücklich vorbehalten worden. Ein solcher Vorbehalt ist im Gesetzbuch selbst nur für die hier nicht vorliegenden Fälle der §§ 308 und 311 a. a. O. gemacht und auch aus der späteren Gesetzgebung bis zum Jahre 1832 hin nicht zu entnehmen. Namentlich sind in der Verordnung vom 27. Oktober 1810, betreffend die veränderte Verfassung der obersten Staatsbehörden, unter C, im Anschluß an den § 113, Thl. II Tit. 11 des A. L. R. dem Kultusminister alle Rechte der obersten Aufsicht und Fürsorge des Staats in Bezug auf Religionsübung delegirt, und dem Könige nur die ausdrückliche Genehmigung für jede Annahme und Veränderung von Stiftungen für religiöse Zwecke vorbehalten (vergl. A. L. R. Thl. II Tit. 11 §§ 197—216, 949 und jetzt Gesetz vom 23. Februar 1870, §§ 1, 2). IV. C. S. i. S. Fiskus c. kathl. Kirchengemeinde Halle vom 19. März 1888, Nr. 202/87 IV.

47. Der B. R. geht bei der Entscheidung von dem Rechtssatze aus, daß die gemeinschaftliche Baupflicht ein Korrelat der gemeinschaftlichen Benutzung der Kirchen und der Pfarrwohnungen sei und überall da eintreten müsse, wo sich die Betheiligten dieser oder jener gemeinschaftlich bedienen. Er leitet diesen Rechtssatz aus der Vergleichung der in den §§ 725, 726, 791 Thl. II Tit. 11 des A. L. R. enthaltenen Bestimmungen her und erachtet denselben nicht nur für den Fall, daß mehrere Kirchengemeinden zu einer gemeinschaftlichen Kirche zusammengeschlagen, sondern auch dann für anwendbar, wenn, wie hier, mehrere Kirchen unter einem gemeinschaftlichen Pfarrer vereinigt sind, wenngleich der § 791 a. a. O. den letzteren Fall nicht unmittelbar entscheide. Mit dieser Annahme befindet sich der B. R. im Einklange mit der Rechtsprechung des R. G., von welcher abzuweichen der vorliegende Rechtsfall keinen Anlaß giebt, und darnach rechtfertigt sich auch die Verwerfung dieses Klagegrundes. IV. C. S. i. S. Kommune Nikolausrieth c. Kirchengemeinde Katharinenrieth vom 23. März 1888, Nr. 370/87 IV.

48. Nach der Ansicht des B. R. findet auf die Bekl. der § 475 II 18 A. L. R. Anwendung, daß dieselben nämlich, weil von ihnen bei Beurtheilung der Sicherheit ein Versehen gegen rechtliche Grundsätze begangen sei, vorzüglich haften müßten. Der verletzte Rechtsgrundsatz soll darin bestehen, daß die Austeihung von Mündelgeldern auf städtische Grundstücke nur innerhalb der ersten Hälfte des taxmäßigen Grundstückswerths erfolgen dürfe. Zum Nachweise dieses Rechtsgrundsatzes zieht der B. R. zunächst das Justizministerialreskript vom 14. April 1840

(Justizministerialblatt S. 151) mit der Motivirung, daß dasselbe für die Richter unbedingt bindende Kraft gehabt habe; heran und führt weiter aus, daß abgesehen davon, als pupillarische Sicherheit im Sinne des § 472 Thl. II Tit. 18 des A. L. R. den anderweit — § 17 Thl. I Tit. 47 der Allgemeinen Gerichtsordnung, § 188 Thl. I Tit. 14 des A. L. R. — kund gegebenen Intentionen des Gesetzgebers entsprechend, stets nur die erste Hälfte des taxmäßigen Grundstückswerths anzusehen sei. Mit Recht greift die Revision die Richtigkeit dieser Ausführung über das Bestehen eines solchen Rechtssatzes an. Das Justizministerialreskript kann als Quelle des Rechtsatzes nicht gelten es hatte als eine Anordnung der Justizverwaltung Bedeutung für die Justizaufsicht und die Disziplinargewalt, im Uebrigen aber weder die Kraft eines Gesetzes, noch auch die Wirkung einer authentischen Interpretation bereits bestehender Gesetze. Die weiter von dem B. R. und dem genannten Reskript in Bezug genommenen gesetzlichen Vorschriften verhalten sich über die Sicherheit, welche bei Moratoriensachen oder bei gesetzlichen Kautionen geleistet werden müsse, nämlich die Verpfändung innerhalb der ersten Hälfte des Werths, wenn es sich um städtische Grundstücke handele. Dieselben lassen aber den vom B. R. gezogenen Schluß, daß auch für Ausleihung von Mündelgeldern derselbe Rechtssatz Geltung habe, nicht zu; denn für Mündelgelder besteht eine abweichende gesetzliche Spezialvorschrift. Der § 160 des Anhangs zum § 472 Thl. II Tit. 18 des A. L. R. bestimmt nämlich: Findet der Vormund Gelegenheit zur Unterbringung der Bestände, so wird ein solches Aktivum nicht dem Generaldeposito, sondern dem Pflegebefohlenen acquirirt; es wird daher auch hierbei die strenge depositalmäßige Sicherheit der aus dem Generaldeposito zu leihenden Kapitalien nicht erfordert. Die depositalmäßige Sicherheit für Anleihen aus dem Generaldeposito war dieselbe, welche hier der B. R. für Mündelgelder als gesetzlich nothwendig erachtet. Nach § 46 Tit. I der Depositalordnung sollten nämlich auf unbewegliche Pfänder Depositalanlehne nicht über die Hälfte ihres Werthes vorgestreckt werden. Freilich umfaßt diese Vorschrift alle unbeweglichen Pfänder, namentlich also auch die ländlichen Grundstücke, für welche nach § 17 Thl. I Tit. 47 der Allgemeinen Gerichtsordnung und § 188 Thl. I Tit. 14 des A. L. R. die ersten zwei Drittel des Werthes als ausreichende Sicherheit gelten, aber sie umfaßt nicht blos diese, sondern auch die städtischen Grundstücke und verlangt auch bei diesen als depositalmäßige Sicherheit die Hälfte ihres Werthes; wenn daher der Anhang § 160 die depositalmäßige Sicherheit für auszuleihende Mündelgelder nicht erfordert, so beseitigt er damit bei städtischen Grundstücken die erste Werthshälfte als eine gesetzlich bindende Norm für die Beurtheilung der Sicherheit von Mündelgeldern. Fehlt aber die Voraussetzung für die Anwendung des § 475, dann kann nur in Frage kommen, ob ein Versehen gegen § 472 begangen ist, und zwar zunächst nur, ob der Kurator eines solchen Versehens sich schuldig gemacht hat; denn die Vormundschaftsrichter können, da hier die Spezialvorschrift des § 475 nicht zutrifft, bei konkurrirendem eigenen Versehen auf Grund der allgemeinen hier dann anwendbaren Vorschrift des § 91 Thl. II Tit. 10 des A. L. R. nur in dem Falle haften, wenn kein anderes gesetzmäßiges Mittel, wodurch den nachtheiligen Folgen eines solchen Versehens abgeholfen werden könnte, mehr übrig ist. IV. C. S. i. S. Richter u. Gen. c. v. Schlichting u. Gen. vom 15. März 1888, Nr. 358/87 IV.

VII. Sonstige Preußische Landesgesetze.

Zu den Stempelgesetzen.

49. Der B. R. hat angenommen, daß eine Urkunde, welche sich als Anerkenntniß einer Darlehnsschuld von einem bestimmten Geldbetrage darstelle, die Verpflichtung zur Zahlung einer Geldschuld, auch wenn die Uebernahme dieser Verpflichtung nicht ausdrücklich ausgesprochen sei, zum Ausdruck bringe, da die in der Natur der Sache gegebene Lösung der Darlehnsschuld in der Zahlung der verschriebenen Summe an den Darlehnsgläubiger bestehe. Diese Erwägung entspricht dem Begriff des Darlehns und dem der Schuldverschreibung im Sinne des Stempelgesetzes, wie dieser letztere Begriff in der bisherigen Rechtsprechung des R. G. sich gestaltet hat. Zu vergl. Entscheidungen des R. G. Bd. 12 S. 257 f. und die dort in Bezug genommenen Erkenntnisse. Dieselbe Auffassung ist auch dem Urtheile vom 21. Mai 1885 (IV. 44/85) zum Grunde gelegt worden. Das B. G. hat ferner erwogen, daß für die Frage, ob eine stempelpflichtige Urkunde vorliege, der Inhalt der Urkunde allein maßgebend sei, ohne daß es jedoch darum ausgeschlossen erscheine, außerhalb des Urkundeninhaltes liegende Thatsachen für die Auslegung der Urkunde zu verwenden und so eine aus der Urkunde selbst sich noch nicht klar ergebende Absicht des Ausstellers der Urkunde festzustellen. Auch diese Erwägung befindet sich in Uebereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung des R. G., wie sie sich in den Urtheilen vom 18. September 1884 (IV. 105/84) und vom 2. März 1885 (IV. 381/84) kundgegeben hat. IV. C. S. i. S. Diskontogesellschaft zu Berlin c. Fiskus vom 22. Februar 1888, Nr. 811/87 IV.

50. Die Revision hält an der Ansicht fest, daß im vorliegenden Falle die Anwendung des Gesetzes vom 22. Juli 1861 deshalb ausgeschlossen sei, weil die Wittwe K. sich den Widerruf der im Vertrage enthaltenen Anweisungen an ihre Kinder vorbehalten habe. In dieser Hinsicht muß jedoch den Ausführungen des B. R. beigetreten werden, daß es für die Anwendung des gedachten Gesetzes lediglich darauf ankomme, daß in dem Vertrage die Verpflichtung des Erwerbers, die Abfindungen an die übrigen Descendenten zu zahlen, festgestellt sei, und daß es unerheblich erscheine, ob demnächst der so zu Stande gekommene Vertrag durch den vorbehaltenen Widerruf thatsächlich nicht zur Ausführung gelange. Diese Auffassung, welche bereits in dem vom B. R. angezogenen Urtheile des vierten Senates des R. G. vom 12. Januar 1885 als richtig anerkannt worden ist, entspricht dem Grundsatze des Preußischen Stempelgesetzes, welcher auch in dem Wortlaute der Nr. 3 des § 1 Gesetzes vom 22. Juli 1861 seinen Ausdruck gefunden hat, daß es für die Stempelpflichtigkeit eines Vertrages lediglich auf den Inhalt der betreffenden Urkunde ankommt. Dieser aber lautet dahin, daß der Ankäufer 1/7 des Kaufpreisrestes als sein zukünftiges Erbtheil erhalten solle, wogegen er seinen sechs Geschwistern je 1/7 als Abfindung herauszuzahlen habe. II. C. S. i. S. Fiskus c. Kellee vom 23. März 1888, Nr. 4/8 88 II.

M.

Personal-Veränderungen.

Zulassungen.

Dr. Hermann Schulze beim Landgericht Dortmund; — Karl Römheld beim Amtsgericht in Büdingen; — Paul Steinke beim Landgericht Görlitz; — Karl Partisch beim Amtsgericht Marklissa; — Paul Hermann Karl August Haase beim Amtsgericht Gollnow; — Cappell beim Amtsgericht Hattingen; — Georg Reisner beim Landgericht Liegnitz; — Alexander Bachmann beim Landgericht Dortmund; — Alexander Brocoff beim Amtsgericht Friedeberg a. Qu.; — Julius Grün beim Amtsgericht Graudenz; — Richard Muth beim Amtsgericht Graudenz; — Heidemann beim Landgericht Thorn; — Hover aus Jülich beim Amtsgericht Eschweiler; — Julius Gruen beim Landgericht Graudenz; — Karl Joël beim Landgericht Breslau; — Paul Michaelis aus Labes beim Amtsgericht Deutsch-Krone; — van Ghemen beim Amtsgericht Andernach; — Waldemar Klinghammer beim Landgericht Rudolstadt; — Otto Helmbach beim Amtsgericht Saalfeld; — Gustav Bettger beim Amtsgericht Wesel; — Poppe beim Amtsgericht Bernau; — Johannes Donandt beim Land- und Amtsgericht Bremen; — Karl Emil Anton Kurt Beelitz beim Landgericht Berlin I; — Blumenthal beim Landgericht Dortmund; — Jöllenbeck beim Amtsgericht Vlotho; — Schaeffer beim Oberlandesgericht Breslau; — Gustav Russel beim Kgl. Amtsgericht I Goslar; — Max Heinrich Bochbanetzky beim Landgericht Potsdam; — Heinrich Ludwig Theodor Tittel beim Amtsgericht Worbis; — David Naumann beim Landgericht Berlin I; — Dr. jur. Paul Roediger beim Oberlandesgericht Frankfurt a. M.; — Schütte aus Iserlohn beim Amtsgericht Hohenlimburg; — Adolf Hesselbach beim Landgericht Köln; — Fink beim Landgericht Tübingen; — Dr. Eugen Boehm beim Landgericht Berlin I; — Richard Alfred Pinther beim Landgericht Dresden; — Josef von Paledzki beim Landgericht Graudenz; — Saly (Salomon) Samuel beim Amtsgericht Rixdorf; — Jacob Böhm beim Amtsgericht Sagan; — Josef Müller beim Amtsgericht Kulmbach; — Georg Leberecht Gräßner beim Amtsgericht Zeitz; — Franz Otto Börner mit dem Wohnsitz in Dresden und Dr. Oskar Reichel mit dem Wohnsitz in Meissen beim Landgericht Dresden; — Martin Mankiewicz beim Oberlandesgericht Frankfurt a. M.

Löschungen.

Gelöscht sind: Dr. Albert Stoekheim beim Landgericht Stuttgart; — Julius Helbing beim Landgericht Mannheim; Cappel beim Amtsgericht Haspe; — Justizrath Hornig beim Landgericht und Oberlandesgericht Braunschweig; — Johannes Julius von Mittelstaedt II beim Landgericht Neuwied; — F. Heuck zu Waren beim Landgericht Güstrow; — Dr. Leese beim Amtsgericht Gollnow; — Cäsar Schatz in Beuthen O. S.; — Kaltenbach beim Landgericht Konitz; — Justizrath Johannes Justus Geppert beim Landgericht Berlin I; — Schaeffer beim Landgericht Oels; — Pagels beim Amtsgericht Elleich; — Moritz Schönfeld beim Amtsgericht Ziegenhals; — Rosenberg beim Landgericht Magdeburg; — Jacob Boehm beim Amtsgericht Falkenberg O. S.; — Dr. jur. Carl Georg August Eugen Gebeschoes beim Amtsgericht St. Goarshausen; — Alfred Julius Kuh beim Landgericht Berlin; — Dr. jur. Jacob Riesser beim Landgericht Frankfurt a. M.; — Alfred Pinther beim Landgericht Zwickau; — Waanowski beim Landgericht Danzig; — Dr. Max Eckstein beim Landgericht Leipzig; — Nicolaus Eugen Doart und Christoph Kuntzler beim Landgericht Metz; — Bernstein beim Amtsgericht Spremberg; — Heinrich Lewald beim Landgericht Breslau; — Dr. Alfred Sigismund Heimann beim Landgericht Berlin I; — Adolf Wichmann beim Amtsgericht Cöthen; — Karl Etlewieder beim Oberlandesgericht und Landgericht München I. II; — Wilhelm Ahues beim Landgericht Bremen.

Ernennungen.

Zu Notaren sind ernannt: Rechtsanwalt Gaut in Wattenscheid für den Bezirk des Oberlandesgerichts in Hamm und Wohnsitz in Wattenscheid. — Rechtsanwalt Holtmann in Steinheim für den Bezirk des Oberlandesgerichts Hamm und Wohnsitz in Steinheim. — Rechtsanwalt Koeber in Kalau für den Bezirk des Kammergerichts und Wohnsitz in Kalau. — Rechtsanwalte Wollheim und Gaedcke in Krossen für den Bezirk des Kammergerichts und Wohnsitz in Krossen. — Rechtsanwalt Jackels in Aachen für den Bezirk des Landgerichts Trier und Wohnsitz in Hillesheim.

Todesfälle.

Justizrath Kauffmann in Berlin. — Müller in Schwetz. — Marloh in Gifhorn. — R. A. Lewald in Breslau. — Karczewski in Kosten.

Für die Redaktion verantw.: S. Hucnle. Verlag: W. Moeser Hofbuchhandlung. Druck: W. Moeser Hofbuchdruckerei in Berlin.

Dieser Nummer liegt von der Verlagsbuchhandlung R. Oldenbourg in München und Leipzig ein Prospekt bei, betreffend „Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts in Strafsachen 2c."

№ 22. Berlin, 27. April. 1888.

Juristische Wochenschrift.

Herausgegeben von

S. Haenle, Justizrath, Rechtsanwalt in Ansbach.
und
M. Kempner, Rechtsanwalt beim Landgericht I. in Berlin.

Organ des deutschen Anwalt-Vereins.

Preis für den Jahrgang 20 Mark. — Inserate die Zeile 40 Pfg. — Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt.

Inhalt.

Aufsätze für die Juristische Wochenschrift, welche acht Spalten überschreiten, können nur ausnahmsweise angenommen werden. Aufsätze, welche sich auf Angelegenheiten des Anwaltstandes und die Reichsjustizgesetze beziehen, erhalten den Vorzug.

Die Redaktion.

Gebührentheilung und Lokalisirung.

A.

Bisher galt es in weiten Kreisen der Anwaltschaft für wohl vereinbar mit der Würde des Standes, wenn zwei Anwälte, von denen der eine beim Amtsgericht, der andere beim Landgericht zugelassen, sich bei gemeinschaftlich geführten Landgerichtsprozessen in die einem Anwalt zukommenden Gebühren in einer bestimmten Weise theilten. Der Amtsgerichtsanwalt wurde dadurch in die Lage gesetzt, auch die Landgerichtssachen seiner Klienten führen zu können, ohne daß die meist erstattungsunfähige Korrespondenzgebühr in Ansatz zu bringen war. Das Publikum hatte den Vortheil, Reisen zum Sitze des Landgerichts und damit Zeit und Geld zu sparen und jederzeit dem nahewohnenden Amtsgerichtsanwalt in mündlicher Rücksprache Information geben zu können.

Jetzt hat der Ehrengerichtshof ausgesprochen, daß dies Verfahren eine „illoyale Konkurrenz" darstellt und also gegen die Würde des Standes verstößt.

Es mag erlaubt sein, die Wirkungen dieser Entscheidung von dem Standpunkte des Amtsgerichtsanwalts zu erörtern.

Die Amtsgerichtsanwälte werden Landgerichtssachen nur noch annehmen, wenn sie die Erlegung der Korrespondenzgebühr von ihrem Mandanten sich bedungen haben oder ohne weiteres die Zahlung derselben erwarten können. Der Auftraggeber muß also entweder höhere Gebühren zahlen, wie früher, oder er muß sich unter Opfern an Zeit und Geld an den am Sitz des Landgerichts regelmäßig wohnenden Anwalt wenden. Die Folge ist, daß die Amtsgerichtsanwälte bei einem ohnehin durchschnittlich erheblich geringeren Einkommen auch diese Quelle besserer Einnahmen verlieren und einen erheblichen Ausfall erleiden. Noch schwerer fällt in's Gewicht, daß auch ihr Ansehen herabgedrückt wird, wenn sie gezwungen sind, bei jeder größeren Sache ihre Machtgeber zu bedeuten, daß sie zur Uebernahme dieser Sache nicht befähigt sind. Sie werden dadurch Anwälte zweiter Klasse, an die man sich in Sachen von Bedeutung nicht mehr wendet.

Dies wiederum hat zur nothwendigen Folge, daß die jungen Juristen in noch höherem Maße wie bisher dem Landgerichte zuströmen werden. Die kleineren Städte werden noch mehr gemieden werden, als es ohnehin der Fall ist. Die Rechtspflege in den kleineren Städten wird leiden. In den größeren wird die ernste Gefahr eines Anwaltsproletariats näher rücken.

Wollte man nun etwa einwenden, das sei einmal nicht zu ändern, das sei eine nothwendige Folge des Lokalisirungsprinzips der Anwaltschaft, so ist darauf zu entgegnen, daß dieses ganze Prinzip trotz seines klangvollen lateinischen Namens herzlich wenig Werth hat. Durchbrochen ist es ohnehin in vielen Richtungen. Vor allen Strafgerichten, vor den Verwaltungsgerichten, in Civilsachen vor allen Amtsgerichten kann bekanntlich jeder Anwalt auftreten. Es besteht aber folgender Widerspruch zu Recht:

Während bei den Landgerichten das Recht der Parteivertretung ein sorgsam gehütetes absolutes Monopol Weniger bildet, muß der ohnehin nur mit Geringfügigkeiten befaßte Amtsgerichtsanwalt seine Befugniß der Vertretung mit den Rechtsanwälten und Winkelkonsulenten des ganzen Reichs theilen!

Auf welche Weise die bedeutende Einbuße der Amtsgerichtsanwälte an Ansehen und Einkommen auszugleichen wäre, ist schwer zu sagen. Die zu erwartende Gebührennovelle wird sich dieses Ziel nicht stecken. Soweit es sich um die Verringerung der Gebühren handelt, kann sie es richtiger Weise auch nicht; denn ein Bedürfniß nach Ermäßigung der Gebühren besteht in Wahrheit nur für kleine Objekte, zumal in der Exekutionsinstanz. Hier schwellen die Kosten hoch an und bedürfen allerdings einer Ermäßigung. Je höher dagegen das Objekt, um so billiger ist das Prozessiren, schon nach dem gegenwärtig bestehenden Gesetze. Die Rechtserlangung ist dem Wohlhabenden erleichtert, dem Bedürftigen erschwert. Je geringer das Objekt, um welches gestritten wird, einen um so höheren Prozentsatz Kosten müssen die Parteien zahlen. Man kann weiter ohne Uebertreibung

folgern, daß in der Rechtspflege die ärmeren Klassen einen Theil der Kosten der Wohlhabenden bezahlen müssen. Dies ist sehr ungerecht. Die in Rede stehenden falschen Grundsätze nun noch zu verschärfen, wie die abgelehnte Novelle wollte, erscheint unmöglich. Es läßt sich nicht behaupten, daß in den breiten Schichten der Bevölkerung ein dringendes Bedürfniß nach Gebührenermäßigung bei Millionenprozessen hervorgetreten wäre. Wohl aber hört man berechtigte Klagen aus den Kreisen der kleinen Leute über die enorme Höhe der Kosten des Gerichts und der Anwälte bei kleinen Streitgegenständen.

Nun läge es nahe, dies Uebel zu beseitigen, indem man die Gerichtskosten bei geringen Objekten vermindert oder ganz in Wegfall bringt. Man könnte davon ausgehen, daß die Gerichtskosten ganz anders geartet sind, wie die Anwaltskosten, mit denen sie eine nur äußerliche Aehnlichkeit haben, daß die ersteren nur vom steuerpolitischen Standpunkt überhaupt gerechtfertigt sind, daß für die analoge Thätigkeit der Polizei beispielsweise im Einzelnen nichts liquidirt wird, daß der Schutz des Rechts eine Staatsaufgabe bildet, deren Erfüllung nicht von der Erlangung vermögensrechtlicher Vortheile abhängig gemacht werden dürfe.

Anders die Anwaltskosten.

Gesetzt, das Durchschnittseinkommen der Rechtsanwälte wäre wirklich „hoch", — obwohl es seit 9 Jahren in Folge der starken Vermehrung der Zahl der Anwälte nothwendig gesunken ist und vermuthlich noch weiter sinken wird, — so ist doch zu berücksichtigen, daß der Beruf an sich ein schwerer und verantwortungsvoller, daß die fast täglich an den Anwalt herantretende Aufgabe, bei dem Widerstreit seines Interesses mit seiner Pflicht, das Richtige zu treffen, wahrlich keine leichte ist, — Schwierigkeiten, die für den Richter beispielsweise gar nicht vorhanden sind, — und es ist ferner zu beachten, daß der Anwalt im Falle der Dienstunfähigkeit keine Pension zu erwarten hat! Soll aber alles dies nicht in's Gewicht fallen, so wird eine Ermäßigung der Gebühren aus den angedeuteten Gründen dennoch gerade diejenigen Anwälte treffen müssen, welche vorzugsweise mit kleinen Objekten befaßt sind und am wenigstens eine Einbuße vertragen können.

Der Entwurf der Gebührennovelle ging in seiner Prinziplosigkeit so weit, den Amtsgerichtsanwälten die wenigen größeren Objekte, welche sie überhaupt haben (Alimenien, Miethe-, Aufgebots- und Konkurssachen), zu Bagatellsachen herabzudrücken, ohne daß innere Gründe, wie sie oben entwickelt sind, dafür angeführt werden könnten.

Aus den vorstehenden Bemerkungen ergiebt sich, daß die Amtsgerichtsanwälte einerseits durch den Ausspruch der Unzulässigkeit einer Gebührentheilung in Landgerichtssachen schwer geschädigt, andererseits durch die eine Gebührennovelle, welchen Inhalt sie auch haben mag, besonders gefährdet sind.

Soweit es sich um die Gebührentheilung handelt, würde eine in den Entwurf aufzunehmende Bestimmung ausreichen, welche eine solche Theilung ausdrücklich zuläßt. Soweit es sich um Ermäßigung der Gebühren handelt, welche im Interesse der Rechtspflege wünschenswerth ist, wenn sie bei den Gerichtskosten nicht zu ermöglichen sein sollte, würde vielleicht eine Erhöhung des Höchstbetrages der Amtsgerichtssachen in's Auge zu fassen sein.

In jedem Fall dürfte es sich empfehlen, daß man seine Wünsche bei Zeiten vorbringt, ehe der neue Entwurf feste Gestalt angenommen hat.

Zweckmäßig erscheint es, eine Petition an den Reichstag zu richten, welche die dem Anwaltsstande drohenden Gefahren schildert, und Mittel zur Abhülfe vorschlägt.

B.

Zur Frage der „Lokalisirung der Anwälte" möge es gestattet sein, vom rein praktischen Standpunkte aus ohne Rücksicht auf Theorie und dergleichen einige Punkte zu beleuchten.

Wie jeder mit dem Publikum in Berührung stehende Jurist weiß, will es dem Laien nicht in den Sinn und paßt ihm nicht, daß der Mann seines Vertrauens in juristischer Beziehung ihm dieses nicht soll in allen seinen Rechtsangelegenheiten sein können.

Es muß also bei strenger Durchführung der Lokalisirung der Fall eintreten, daß, wie in einem vortrefflichen Artikel des „Hamburgischen Correspondenten" (vom 20. März 1888, S. 2 und 3) weiter ausgeführt, auch die Amtsgerichtssachen mehr und mehr den Landgerichtsanwälten zufallen, wobei auch noch in Betracht kommt, daß die meisten Leute selbstverständlich nicht wissen, wohin ihre Sache im speziellen Falle gehört.

Es ist also ein Verlassen der kleineren Städte seitens der Anwälte eine nothwendige Folge des jetzigen Systems, so daß dann nur mit großen Kosten und Unbequemlichkeiten für's Publikum ein Anwalt erreichbar sein und andernfalls für den gewöhnlichen Bürger, und insbesondere den Bauern, eigentlich nur der Winkelkonsulent verbleiben wird, damit zugleich aber auch noch das Erwerbsterrain der Juristen verengert werden wird, und zwar zu Gunsten dieser Menschen, die nur immer als nothwendiges Uebel in Betracht kommen sollten. Sollte aber wirklich der Fall eintreten, daß das Publikum auch mit Landgerichtssachen nach wie vor zu den Amtsgerichtsanwälten geht, so tritt die ebensowenig wünschenswerthe Erscheinung zu Tage, daß dann jeder, ohne Rücksicht auf den Ausgang des Prozesses, einen Theil der Kosten tragen muß, blos in Folge des unglücklichen Lokalisirungsprinzips.

Man wende auch nicht ein, daß bisher ja noch immer mehr Anwälte zu den Amtsgerichte gegangen seien; das kam eben daher, daß das von der neuerlichen Entscheidung gerügte Verfahren öffentlich bekannt war, (niemand hat ja ein Hehl daraus gemacht, daß er ein solches Kartell habe) und jeder sich als Amtsgerichtsanwalt Niederlassende wußte, daß er doch auch landgerichtliche Sachen führen werde, und niemand je entfernt daran gedacht hat, daß hieran irgend jemand etwas Ungesetzliches finden könne. Das Verlassen der Amtsgerichtssitze und damit Anwachsen der Winkelschreiberei ist also erst die Folge des Urtheils, resp. der ihm zu Grunde liegenden Lokalisirung.

Und dabei ist diese so wenig wünschenswerthe Veródung der Amtsgerichtssitze in Preußen — dem einzigen Bundesstaate, in welchem ja eigentlich die Lokalisirung streng durchgeführt ist — trotzdem nicht einmal die Tendenz der Verwaltung, da im Gegentheil der neuerliche Bericht des Ministers an Se. Majestät gerade betont, daß die Niederlassung von Anwälten bei den Amtsgerichten begünstigt werde! und jedenfalls nicht Tendenz der deutschen Rechtsanwaltsordnung, welche in dem maßgebenden § 9 bekanntlich sagt:

„Der bei einem Amtsgerichte zugelassene Rechtsanwalt kann auf seinen Antrag zugleich bei dem Landgerichte, in dessen Bezirk das Amtsgericht seinen Sitz hat,

sowie bei den im Bezirke des Landgerichts befindlichen Kammern für Handelssachen zugelassen werden. Die Zulassung muß erfolgen, wenn sie nach dem übereinstimmenden Gutachten des Oberlandesgerichts und des Vorstandes der Anwaltskammer dem Interesse der Rechtspflege förderlich ist."

Eigenthümlich aber ist es, wie sich dieser § 9 in der Praxis gemacht hat:

a) Soweit bekannt geworden, haben die Vorstände der Anwaltskammer fast ausnahmslos in allen Fällen bei Anträgen auf gleichzeitige Zulassung bei dem Landgerichte die Zulassung als der Rechtspflege förderlich erachtet, (? die Red.) das Oberlandesgericht — welches in mancher Beziehung doch entschieden weniger Fühlung mit dem Publikum hat — die Frage mit Ausnahme einiger unmittelbar nach dem 1. Oktober 1879 liegenden Fälle verneint. —

Ob Erörterungen unter diesen beiden Faktoren stattgefunden haben, über dies merkwürdige Ergebniß ist nichts bekannt geworden.

b) Sodann aber haben die bei dem Amtsgerichte zugelassenen Anwälte oder wenigstens ein großer Theil derselben, bevor ihrem Antrage auf Ernennung zum Notar — aus welcher Stellung als Beamte sie ja nur nach Maßgabe des Disziplinargesetzes würden entfernt werden können — stattgegeben wurde, auf Verlangen des Ministers einen Revers unterschreiben müssen dahingehend, daß im Falle der etwaigen späteren gleichzeitigen Zulassung zur Rechtsanwaltschaft bei dem Landgerichte sie schon jetzt die Entlassung aus dem Amte als Notar beantragten!

Vorstehendes ist sogar in Juristenkreisen vielfach unbekannt, ist aber sehr einschneidend und muß daher öffentlich bekannt werden; denn diesen Amtsgerichtsanwälten sind dadurch die Hände gebunden, da ebenfalls Anwaltschaft ohne Notariat am kleinen Orte nach wenig Werth hat; umsomehr, als an vielen Orten es bisher nicht hat erreicht werden können, daß die einträglichen Stellungen der Konkurs- und Nachlaßverwalter den Anwälten als den „Gehülfen des Richters", anstatt irgend einem Kaufmann oder sonstigen Geschäftsmann, häufig sogar in Vermögensfall gerathenen, übertragen werden, auch ein Punkt, der der Sorge der Vorstände der Anwaltskammern zu empfehlen sein dürfte.

Man beseitige also die „Lokalisirung", deren Gegentheit sich bereits bewährt hat, oder garantire wenigstens uns Anwälten gesetzlich, daß wir unter einander die Gebühren theilen können, wie es uns beliebt, damit wir nicht jeden Augenblick durch irgend ein neues Erkenntniß in unserer Existenz gefährdet werden können; wenn die Amtsgerichtsanwälte sich dann auch in dem Falle, daß nur der Zustand vor dem qu. Urtheil wieder hergestellt wird, darin allerdings werden finden müssen, vielfach als dii minorum gentium angesehen zu werden, da das Publikum natürlich nicht begreifen kann, warum dieselben nicht bei den Landgerichten vertreten können, während doch bei den Amtsgerichten nicht blos die Herren vom Landgerichte, sondern sogar Winkelschreiber, die zudem häufig zugleich Angestellte des Amtsgerichts sind, ihnen eine „nicht illoyale" Konkurrenz machen.

Den Letzteren gegenüber dürfte eine strengere praktische Anwendung des § 143, Absatz 2 der Civilprozeßordnung sehr gerathen sein, damit nicht bei den Gerichten die Anwendung dieses Paragraphen zur historischen Antiquität werde, wie solches vielfach bei den Verwaltungsbehörden mit dem § 35, Absatz 3, Satz 2 der Gewerbeordnung zum Schaden der Notare der Fall ist. —

Vom Reichsgericht.*)

Wir berichten über die vom 14. bis 20. April 1888 ausgefertigten Erkenntnisse.

I. **Die Reichsjustizgesetze.**

Zur Civilprozeßordnung.

1. Der Bekl. stützt den angefochtenen Aussetzungsbeschluß auf den § 139 der C. P. O., wonach das Gericht die Aussetzung der Verhandlung bis zur Erledigung eines anderen anhängigen Rechtsstreits anordnen kann: wenn die Entscheidung des ausgesetzten Rechtsstreits ganz oder zum Theil vom Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, welches den Gegenstand jenes anderen Rechtsstreits bildet. Ob in einem solchen Fall ausgesetzt werden soll, ist zwar dem richterlichen Ermessen überlassen, aber dieses Ermessen kann erst dann Platz greifen, wenn die Voraussetzung des § 139 vorliegt, daß nämlich die Entscheidung abhängt vom Bestehen oder Nichtbestehen eines den Gegenstand des anderen Rechtsstreits bildenden Rechtsverhältnisses. Das B. G. erachtet diese Voraussetzung für gegeben, indem es in dem die Beschwerde als unbegründet bezeichnenden Beschluß vom 5. April 1888 ausführt: Der Nebenintervenient könne auf Grund des § 251 der C. P. O. zu Gunsten der von ihm unterstützten beklagten Hauptpartei auch solche Einreden vorbringen, die materiellrechtlich nur ihm, nicht auch der Hauptpartei zuständen; dahin gehöre vorliegenden Falls das vom intervenirenden Kirchenvorstande geltend gemachte Pfand- und Retentionsrecht der Kirchengemeinde an den eingeklagten Früchten, womit der Kirchenvorstand aber nur durchdringen könne, wenn er seine dem Pfand- und Retentionsrecht zu Grunde liegenden Forderungen gegen den Kl. nachweise, was eben in dem von ihm gegen den Kläger anhängig gemachten Prozeß geschehen solle; deshalb sei der Ausgang dieses Prozesses für den hier vorliegenden Rechtsstreit präjudizirlich. Diese Ausführung ist jedoch rechtsirrthümlich. Der Nebenintervenient kann solche Einreden, welche materiellrechtlich nur ihm, nicht dem unterstützten Beklagten zustehen, nicht vorbringen; denn die Nebenintervention bezweckt lediglich das Obsiegen der unterstützten Hauptpartei und dies kann begrifflich nur durch Geltendmachung des Rechts der Hauptpartei herbeigeführt werden. (Entscheidungen des R. G. Bd. 17 S. 34, Bd. 18 S. 417; Seuffert, Kommentar zur C. P. O. zu § 64 Anm. 2). Dem Kirchenvorstand ist nun vom Bekl. nur zum Zweck einer etwaigen Nebenintervention nach Maßgabe des § 69 der Streit verkündet worden, nicht etwa um denselben nach § 73 zur selbstständigen Uebernahme des Prozesses zu veranlassen, wie denn überhaupt vom Bekl. gar nicht behauptet ist, daß er die eingeklagten Früchte im Namen des Kirchenvorstandes besitze. Dementsprechend ist auch der Kirchenvorstand lediglich als Nebenintervenient in den Prozeß eingetreten, und hatte sich folglich auch in den

---

*) Nachdruck ohne Angabe der Quelle verboten.

dem Nebenintervenienten gezogenen Schranken zu halten. Es kann sich daher nur fragen, ob der Kirchenvorstand dem Bekl. auf Grund eines dem Ersteren an den eingeklagten Früchten zustehenden Pfand- und Retentionsrechts zum Sieg verhelfen konnte, und ob demgemäß der Ausfall des über dieses Pfand- und Retentionsrecht anhängigen Prozesses als für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits präjudizirlich im Sinne des § 139 der C. P. O. bezeichnet werden dürfe? Diese Frage ist aber zu verneinen. Der B. R. selber nimmt an, daß der Bekl. sich zur Abwehr der Klage nicht auf das Pfand- und Retentionsrecht des intervenirenden Kirchenvorstandes berufen könnte, und diese Annahme ist vollkommen zutreffend. Die Klage ist auf die Behauptung gegründet, daß der Bekl. das dem Kl. an den streitigen Früchten zustehende Eigenthums- bezw. Besitzrecht durch Vorenthaltung bezw. Verbrauch und Verkauf derselben verletze. Dieser Klage kann der Bekl. nicht durch Berufung auf die Befugniß eines Dritten zur Zurückhaltung oder zur pfandrechtlichen Befriedigung aus den Früchten ausweichen, denn ein solches Recht eines Dritten giebt dem Bekl. nicht die Ermächtigung, seinerseits in die Eigenthums- und Besitzrechte des Kl. einzugreifen. Das von dem Kirchenvorstand in Anspruch genommene Pfand- und Retentionsrecht würde zu einer Rechtfertigung des Verbrauchs oder des (außergerichtlichen) Verkaufs der streitigen Früchte nicht einmal ausreichen, wenn der Kirchenvorstand selbst sie verbraucht oder verkauft hätte; der Bekl. würde daher seine Befugniß hierzu auch nicht auf eine Uebertragung seitens des Kirchenvorstandes zurückzuführen vermögen. Zu einer bloßen Zurückbehaltung der Früchte wäre allerdings der Kirchenvorstand auf Grund eines etwaigen aus dem Pachtvertrage abgeleiteten Pfand- und Retentionsrechts berechtigt, und es könnte demnach auch der Bekl. möglicherweise, nämlich dann dazu berechtigt sein, wenn er die Herausgabe der Früchte lediglich auf Grund eines für die Kirchengemeinde befugterweise ausgeübten Zurückhaltungsrechts verweigerte; das hat er aber selber nicht einmal behauptet und würde auch durch das Protokoll vom 26. Januar 1887 widerlegt werden, wonach der Kirchenvorstand ihm die Früchte zu eigener Benutzung überwiesen hat. Solchemnach hängt die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits nicht ab von dem Bestehen oder Nichtbestehen des in dem Prozeß zwischen der Kirchengemeinde und dem Kl. streitigen Pfand- und Retentionsrecht der Letzteren. Die Aussetzung der Verhandlung des vorliegenden Rechtsstreits auf Grund des § 139 der C. P. O. erwies sich demnach als ungerechtfertigt. V. C. S. i. S. Güntzel c. Nießmann vom 11. April 1888, B. Nr. 49/88 V.

2. Der Kl. beruft sich zum Nachweis dafür, daß in Ungarn die Gegenseitigkeit im Sinne der C. P. O. § 661 verbürgt sei, auf das Ungarische Gesetz über das Zwangsvollstreckungsverfahren vom 1. Juni 1881. Der B. R. erwägt zunächst: das bloße Bestehen dieses Gesetzes genüge nicht „zur Verbürgung der Gegenseitigkeit"; zwar sei zunächst davon auszugehen, daß das Gesetz befolgt werde; sei dies aber aus irgend einem Grunde nicht der Fall, so biete das Gesetz allein keine Gewähr dafür, daß, worauf es ankomme, deutsche Urtheile in Ungarn ohne Prüfung ihrer Gesetzmäßigkeit vollstreckt werden; es sei nicht ausnahmslose Befolgung des Gesetzes zu erfordern, wohl aber daran festzuhalten, daß das Gesetz wenigstens in der Regel angewendet, also nicht von der Mehrzahl der Gerichte seines Landes in einer die Ausländer beschränkenden Weise unrichtig verstanden oder gänzlich außer Acht gelassen werde. Diese Erwägung erscheint zutreffend; § 661 setzt voraus, daß die Gegenseitigkeit thatsächlich verbürgt sei. Auf Grund des vorliegenden Beweismaterials, insbesondere der in dem Schreiben vom 20. September 1887 enthaltenen Aeußerung des Ungarischen Justizministeriums in Verbindung mit der von dem Reichs-Justizamt am 15. März 1887 ertheilten Auskunft, erachtet nun der B. R. für höchst wahrscheinlich, daß die Vollstreckung deutscher Urtheile in Ungarn selbst dann, wenn die Erfordernisse des Gesetzes vom 1. Juni 1881 erfüllt sind, nicht vollstreckt werden, daß also trotz Bestehens dieses Gesetzes die Gegenseitigkeit in der That nicht verbürgt ist. Diese Beweiswürdigung entziehe sich einer Nachprüfung in der Revisionsinstanz. Wenn sodann der B. R. annimmt, es sei hiernach der auf das Bestehen des Gesetzes vom 1. Juni 1881 gestützte Nachweis verbürgter Gegenseitigkeit auf das Erheblichste erschüttert, und eben deshalb dieser Nachweis nicht für erbracht erachtet, so ist hierin eine Gesetzesverletzung nicht zu erblicken. VI. C. S. i. S. Jankowicz c. Heffter vom 7. April 1888, Nr. 31/88 VI.

3. Dem Zugriff des Gläubigers unterliegt in der Zwangsvollstreckung, soweit das Gesetz nicht Ausnahmen zuläßt, das gesammte Vermögen des Schuldners. Hinsichtlich der Geldforderungen desselben stellt die C. P. O. im § 749 eine Reihe von Exemtionen auf theils im öffentlichen Interesse, theils aus schonender Rücksicht gegen den Schuldner. Es unterliegt keinem Zweifel, daß das Gericht diese Ausnahmen sofern die Voraussetzungen derselben gegeben sind, von Amtswegen zu berücksichtigen und die Pfändung, beziehungsweise Ueberweisung in solchen Fällen zu versagen hat. Wenn es aber über eine solche Ausnahme zum Streit kommt und ihre Voraussetzungen nicht anderweit klargestellt sind, so hat nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen diejenige Partei den Beweis zu führen, die einen Anspruch daraus herleitet. Beruft sich der Schuldner auf die Kompetenz aus § 749 Abs. 1 Nr. 3 der C. P. O., so hat derselbe sonach darzuthun: 1. daß er die beschlagnahmten Einkünfte aus einer Stiftung oder sonst auf Grund der Fürsorge und Freigebigkeit eines Dritten bezieht; 2. daß er derselben zur Bestreitung des nöthigen Unterhalts für sich, seine Ehefrau oder seine noch unversorgten Kinder bedarf. Der B. R. verkennt hiernach die Grundsätze von der Beweislast, wenn er vom Kl. den Nachweis der Abwesenheit jener Voraussetzungen zur Begründung seines Anspruchs fordert. V. C. S. i. S. Ziegler c. v. Rothkirch-Panthen vom 11. April 1888, Nr. 29/88 V.

Zur Konkursordnung.

4. Dem K. steht auf die 31 Ballen nach Art. 313 des H. G. B. ein Retentionsrecht für eine Restforderung von 3347 Mark 67 Pf. zur Seite. Das Retentionsrecht ist aber auch für Zinsen zu 6 Prozent aus diesem Betrage seit 1. Mai 1885 begründet, da das Retentionsrecht nach § 41 Ziffer 8 der K. K. O. ein Absonderungsrecht erzeugt, soweit aber ein Absonderungsrecht gegeben ist, es auch für Zinsen seit Eröffnung des Konkursverfahrens nicht ausgeschlossen ist, da für die Geltendmachung des Absonderungsrechts § 56 Ziffer 1 der K. K. O. keine Anwendung findet. II. C. S. i. S. Kirschgens c. Feltweis vom 6. April 1888, Nr. 35/88 II.

Zum Gerichtskostengesetz.

5. Die Bekl. hat gegen das Urtheil des Königlich Preußischen L. G. zu Gnesen vom 10. Dezember 1887 Berufung eingelegt, jedoch nicht einen vorbereitenden Schriftsatz (C. P. O. § 480) ihrer Gegnerin zugestellt. In der mündlichen Verhandlung vor dem Königlichen O. L. G. zu P. vom 8. März 1888 sind Namens der Bekl. eine Reihe von neuen Thatsachen unter Angabe von Beweismitteln zur Begründung der Berufung vorgetragen. Darauf hat der Vertreter der Kl. wegen dieses neuen Vorbringens die Vertagung der Verhandlung beantragt. Diesem Antrage ist Seitens des Königlichen O. L. G. stattgegeben zugleich jedoch mittels des angefochtenen Beschlusses gegen die Bekl. die besondere Erhebung einer Gebühr in Höhe von 2 Zehnteln der vollen Gebühr für die verursachte weitere Verhandlung angeordnet. In dem Beschlusse werden die von der Bekl. angeführten neuen Thatsachen näher angegeben. Sodann ist erwogen, daß der Vertreter der Bekl. voraussehen konnte, daß die Abgabe einer sofortigen Erklärung Seitens der Kl. auf diese neuen Thatsachen nicht möglich sei, und daß mithin eine Vertagung eintreten müsse. Das Unterlassen der Mittheilung derselben durch einen vorbereitenden Schriftsatz wird als ein die Anwendung des § 48 des G. K. G. vom 18. Juni 1878 rechtfertigendes Verschulden des Vertreters der Bekl. gekennzeichnet. Die Beschwerde der Bekl. gegen diesen Beschluß ist unbegründet. § 48 cit. gestattet dem Gericht, von Amtswegen eine besondere Gebühr zu erheben, wenn durch Verschulden einer Partei oder eines Vertreters derselben, oder durch nachträgliches Vorbringen von Angriffs- oder Vertheidigungsmitteln, welches zeitiger erfolgen konnte, die Anberaumung eines neuen Verhandlungstermins veranlaßt wird. Der Voraussetzung für diese Befugniß des Gerichts, daß eine Verhandlung zur Sache stattgefunden hat, ist hier genügt. Ob der Vertreter der Bekl., nachdem seine sachlichen Angaben den Vertreter der Kl. zu dem Antrage auf Vertagung behufs Einziehung von Information veranlaßt hatten, sich mit diesem Antrage einverstanden erklärt und seinen Vortrag unterbrochen hat, erscheint ohne Bedeutung. Der in der Beschwerde angeführte Grund, weshalb die Einbringung eines vorbereitenden Schriftsatzes unterblieben ist, kann ebenfalls nicht für erheblich erachtet werden. Glaubte der Vertreter der Bekl., daß die Entscheidung in dieser Sache von derjenigen in einer anderen Prozeßsache abhängig sei, so mußte er vor dem Termine eine Vertagung beantragen. Wurde diese abgelehnt, so ist kein Grund erfindlich, der ihn behinderte, rechtzeitig die Kl. von den jetzt zur Begründung der Berufung angeführten Thatsachen in Kenntniß zu setzen. Die Beschwerde der Bekl. muß deshalb zurückgewiesen werden. V. C. S. i. S. Pommersche Hyp. Akt. B. c. v. Zakrzewska vom 7. April 1888, Nr. 47/88 V.

II. Sonstige Reichsgesetze.

Zum Reichshaftpflichtgesetz.

6. Schon nach Römischem Recht bedeutete vis major dasselbe wie casus major oder „casus fortuitus, cui resisti non potest“ und als damnum fatale wurde derjenige Schaden bezeichnet, der durch höhere Gewalt herbeigeführt worden ist. Die vis major unterscheidet sich hiernach nicht, wie die Kl. geltend macht, begrifflich von dem Zufall, sondern ist eine besondere Art des Zufalls, für welchen auch derjenige zu haften hat, der durch den Nachweis eines gewöhnlichen Zufalls nicht von seiner Haftung befreit wird. Eine „Verübung von Gewalt“ wird, damit von „höherer Gewalt“ im Sinne des gemeinen Rechts gesprochen werden kann, keineswegs vorausgesetzt. Vielmehr ist bei diesem Begriff nur in dem Sinn von einer dem Haftenden gegenüber auftretenden Macht oder Gewalt die Rede, als vorausgesetzt wird, daß das äußere Ereigniß, durch welches der Schaden verursacht wurde, und welches selbst durch Naturkräfte oder durch Menschenhand herbeigeführt worden sein kann, mit einer gewissen Unwiderstehlichkeit aufgetreten sein muß, derart, daß die anzuwendende Menschenkraft zur Abwendung des Ereignisses oder seiner Folgen nicht ausreichte. Auch eine plötzlich aufgetretene Schwäche oder Erkrankung, z. B. eine Ohnmacht, ein epileptischer Anfall oder ein Ausbruch von Geisteskrankheit kann hiernach als höhere Gewalt anzusehen sein. Die Bezeichnung „unabwendbarer Zufall“ bedeutet nicht etwas Anderes, sondern ist dasselbe wie „höhere Gewalt“, wurde auch stets in demselben Sinne wie der letztere Ausdruck gebraucht. Auch in Art. 395 des H. G. B. und in § 1 des Haftpflichtgesetzes hat der Ausdruck „höhere Gewalt“ keine andere Bedeutung als die in anderen Gesetzen z. B. in dem Preußischen Eisenbahngesetz vom 3. November 1838 (§ 25) gewählte Bezeichnung „unabwendbarer äußerer Zufall“. Andererseits ist unter den in § 211 der C. P. O. vorausgesetzten „Naturereignissen oder anderen unabwendbaren Zufällen“ nichts Anderes als dasjenige zu verstehen, was Art. 395 des H. G. B. im Anschluß an die Vorschriften des Römischen Rechts als „höhere Gewalt“ bezeichnet. Bei den Verhandlungen über § 1 des Haftpflichtgesetzes ist denn auch mehrfach, insbesondere von dem Preußischen Bundesbevollmächtigten Geheimen Justizrath Dr. Falk hervorgehoben worden, daß unter „höherer Gewalt“ nichts Anderes zu verstehen sei, als unter dem „unabwendbaren äußeren Zufall“ des Preußischen Eisenbahngesetzes vom Jahre 1838, die Bezeichnung höhere Gewalt aber deshalb den Vorzug verdiene, weil das H. G. B. diesen Ausdruck für ganz analoge Fälle gebrauche und es sich für die Reichsgesetzgebung nicht empfehle, von deren eigenem Sprachgebrauch auf die Ausdrucksweise eines Landesrechts zurückzugehen. (Vergl. Reichstagsverhandlungen vom Jahre 1871 Bd. I S. 450—452; ferner Eger Haftpflichtgesetz S. 115 f.). Daß die im H. G. B. und im Haftpflichtgesetz gewählte Bezeichnung „höhere Gewalt“ nicht die Bedeutung haben soll, die Berufung auf einen „unabwendbaren äußeren Zufall“ auszuschließen, und der Haftpflicht der Eisenbahnen einen größeren Umfang zu geben, als dies im Preußischen Eisenbahngesetz geschehen war, der Unterschied zwischen den beiden in Frage stehenden Ausdrucksweisen vielmehr im Wesentlichen nur die Form, nicht den Inhalt der gesetzlichen Vorschriften betrifft, wird denn auch allgemein anerkannt. Auch die Schriftsteller, auf welche sich die Rkl. berufen hat, theilen in dieser Beziehung die herrschende Meinung und legen, soweit sie von derselben abweichen, nicht darauf das entscheidende Gewicht, daß im H. G. B. und im Haftpflichtgesetz nicht von einem unabwendbaren äußeren Zufall, sondern von höherer Gewalt gesprochen werde. (Vergl. insbesondere Exner in Grünhut's Zeitschrift Bd. X S. 500 bis 502, 508, 576 und Hafner „über den Begriff der höheren Gewalt“ S. 2 f. besonders 6 und 7). Die bezüglich des Begriffs der höheren Gewalt bestehende Meinungsver-

schiedenheit bezieht sich vielmehr auf die Frage, welcher Maßstab bei Beurtheilung der Frage, ob das in Frage stehende Ereigniß unabwendbar gewesen sei, angelegt werden müsse. Nach der herrschenden Meinung kommt in dieser Beziehung wesentlich das Verhältniß der haftpflichtigen Personen zu dem in Frage stehenden Ereigniß und deren Verhalten in Betracht. Ein unabwendbarer Zufall oder höhere Gewalt liegt nach dieser Auffassung dann vor, wenn es der Person, deren Haftpflicht behauptet wird, bei den gegebenen Verhältnissen trotz Anwendung der äußersten Sorgfalt und Vorsicht nicht möglich war, das schädigende Ereigniß oder dessen Folgen abzuwenden. Bei Beurtheilung dieser Frage ist aber nicht ein absoluter, sondern ein relativer Maßstab anzulegen. Es kommt nicht darauf an, ob die Abwendung des schädigenden Ereignisses oder seiner Folgen überhaupt (in abstracto) möglich war, sondern ob die Abwendung bei den gegebenen Verhältnissen durch die äußerste, diesen Umständen angemessene Sorgfalt und durch Mittel, deren Anwendung dem Haftpflichtigen vernünftiger Weise zugemuthet werden durfte, erreicht werden konnte. Von der anderen Seite wird behauptet, es komme nicht auf das Verhältniß zwischen dem anzustrebenden Erfolg und den hierzu erforderlichen Mitteln, sondern lediglich auf den objektiven Befund der Erscheinungen an; das Vorhandensein von höherer Gewalt sei hiernach nur bei einer besonderen Art von Zufällen anzunehmen, welche sich durch äußere objektive Merkmale von den gewöhnlichen Unfällen unterscheiden. (Vergl. Exner a. a. O. S. 504 fg., besonders S. 534, 550, 554, 563, 582 und Hafner S. 2 ff. besonders S. 23 und S. 71). Das R. G. hat sich in mehreren Entscheidungen der bereits früher vom R. O. H. G. (Entscheidungen Bd. II S. 247 fg. besonders S. 259 und Bd. VIII S. 27 fg. und 159 fg.) gebilligten Auffassung angeschlossen, nach welcher bei Beurtheilung der Frage, ob eine Abwendung des in Frage stehenden Ereignisses möglich war, ein relativer Maßstab anzulegen ist, insbesondere auch die Verkehrsanschauungen in Betracht kommen. Insbesondere wurde diese Auffassung gebilligt in den Urtheilen vom 13. April 1880, 18. September 1885 und 1. Februar 1887, welche veröffentlicht worden sind in den Entscheidungen Bd. I S. 276—278 Bd. XIV S. 82 und in Bolze, Praxis des Reichsgerichts Bd. IV Nr. 404). Von dieser Auffassung abzugehen, liegt keine Veranlassung vor. Von demjenigen, der bis zur höheren Gewalt zu haften hat, muß allerdings nachgewiesen werden, daß auch mit Aufbietung der äußersten Vorsicht und Sorgfalt und Aufwendung aller Kräfte, welche den Menschen überhaupt zu Gebote stehen, das schädigende Ereigniß nicht abgewendet oder unschädlich gemacht werden konnte. Aber hiebei kommen doch nur solche Mittel in Betracht, deren Anwendung überhaupt möglich ist, ohne den wirthschaftlichen Erfolg des Unternehmens vollständig auszuschließen. Die Anwendung derartiger Mittel kann von dem Unternehmer nicht verlangt, z. B. nicht gefordert werden, daß die ganze Eisenbahnstrecke auf beiden Seiten mit Mauern versehen oder derart mit Wächtern besetzt werde, daß es unmöglich sei, die Schienen zu überschreiten oder sich bei dem Herannahen des Zuges auf dieselben zu werfen. Der Natur der Sache nach ist es nicht möglich, eine starre von den im einzelnen Fall bestehenden Verhältnissen absehende Regel aufzustellen, ohne den Zweck der die Haftbarkeit beschränkenden Vorschrift zu vereiteln. Auch sind die bisherigen Versuche, einen absoluten Maßstab aufzufinden, nicht als gelungen anzusehen. Es ist deshalb an der Auffassung festzuhalten, nach welcher bei Beurtheilung der Frage der Anwendbarkeit auf die Verhältnisse des einzelnen Falles insbesondere das Verhältniß zwischen dem anzustrebenden Erfolg und den aufzuwendenden Mitteln Rücksicht zu nehmen ist. Diese Auffassung führt aber keineswegs dazu, daß höhere Gewalt immer dann vorliege, wenn bezüglich des in Frage stehenden Schadens ein Verschulden des Haftpflichtigen nicht nachgewiesen werden kann, daß derselbe sonach auch für gewöhnlichen Zufall nicht haften würde. Der Haftpflichtige, welcher nur dann von der Haftung befreit ist, wenn er das Vorhandensein von höherer Gewalt nachweisen kann, haftet vielmehr, auch wenn in dem in Frage stehenden Falle mit aller Umsicht verfahren worden ist, der Schaden vielmehr auf einen Zufall zurückzuführen ist. Nur dann liegt höhere Gewalt vor, wenn es auch bei den zweckmäßigsten Einrichtungen nicht möglich war, den Eintritt des in Frage stehenden zufälligen Ereignisses oder dessen Folgen abzuwenden. Als solche kann nur gelten: „was auch durch die umsichtigsten Schutzvorrichtungen nicht verhütet werden kann, also menschlicher Kraft und Vorsicht spottet." (Vergl. Dernburg, Pandekten Bd. II § 39 S. 104; ferner dessen Abhandlung in Grünhut's Zeitschrift Bd. XI S. 335 fg.) Soweit es sich um den Betrieb von Eisenbahnen handelt, muß in dieser Beziehung mit besonderer Strenge verfahren und müssen zum Schutz des Publikums alle Schutzvorrichtungen verlangt werden, welche mit Rücksicht auf die besondere Gefährlichkeit des Betriebs geboten sind. Auch dürfen, wie das R. G. wiederholt ausgesprochen hat, nach § 1 des Haftpflichtgesetzes nicht solche Unfälle einer höheren Gewalt zugeschrieben werden, welche lediglich in der gefährdenden Natur des Unternehmens selbst oder in einer von dem Eisenbahnunternehmer selbst geschaffenen gefährlichen Lage ihren Grund haben. (Vergl. Urtheile des R. G. (I) vom 29. März 1884 und 5. Januar 1887, Entscheidungen Bd. XI S. 146, Bolze Bd. IV Nr. 404; ferner Urtheil des III. C. S. des R. G. vom 9. Dezbr. 1887 i. S. Kasseler Straßeneisenbahn gegen Füßler, Rep. III Nr. 258/87). Dagegen ist die Ausführung der Rkl., die höhere Gewalt könne niemals in einer Handlung des Verletzten zu finden sein, nicht als zutreffend anzusehen. Als höhere Gewalt oder unabwendbarer Zufall kann nicht blos ein Naturereigniß, sondern auch ein Ereigniß anzusehen sein, das durch Menschenhand herbeigeführt worden ist. Warum eine Handlung der von dem Unfall betroffenen Person für den Haftpflichtigen nicht einen unabwendbaren Zufall bilden könne, ist aber nicht einzusehen. Von der Rkl. wird zwar geltend gemacht, bei dieser Annahme gäbe es keinen Fall des eigenen Verschuldens, der nicht zugleich als höhere Gewalt anzusehen wäre, die auf das eigene Verschulden bezügliche Vorschrift in § 1 des Haftpflichtgesetzes wäre also von diesem Gesichtspunkt als ein unverständlicher Pleonasmus anzusehen. Dieser Einwand erscheint aber nicht als zutreffend. Eine Handlung des Verletzten, welche demselben als Verschulden anzurechnen ist, kann allerdings zugleich als ein unabwendbarer äußerer Zufall anzusehen sein. Aber dieser Fall braucht nicht immer vorzuliegen, da es ganz wohl denkbar ist, daß der Haftpflichtige diese Handlung oder die schädlichen Folgen derselben durch besondere Einrichtungen abwenden konnte. Wo eine Handlung dem Verletzten un-

zweifelhaft als eigenes Verschulden anzurechnen ist, braucht nach § 1 des Haftpflichtgesetzes nicht untersucht zu werden, ob dieselbe zugleich unter den Begriff der höheren Gewalt fällt. Es genügt z. B., wenn sich Jemand in der Absicht, sich tödten zu lassen, unmittelbar vor dem Heranbrausen eines Eisenbahnzuges auf die Schienen geworfen hat und getödtet worden ist, die Berufung auf das eigene Verschulden des Getödten, um die Haftpflicht des Betriebsunternehmers auszuschließen. Liegt dagegen in einem solchen Falle ein eigenes Verschulden deshalb nicht vor, weil der Getödtete geisteskrank und deshalb unzurechnungsfähig war, so ist zu prüfen, ob nicht die Abwendung des Ereignisses bei Aufwendung der äußersten Umsicht und Sorgfalt möglich war. Ebenso liegt die Sache, wenn ein Kind unmittelbar vor dem Herankommen eines Eisenbahnzuges oder eines Pferdebahnwagens über die Schienen läuft. Das R. G. hat denn auch schon in einem Urtheile vom 9. Juli 1880 (Annalen des R. G. Bd. II Seite 355) ausgesprochen, der plötzliche Eintritt einer Geistesstörung, welcher die Ursache einer Verletzung des Kranken durch die Eisenbahn sei, könne als höhere Gewalt anzusehen sein und die Haftpflicht des Unternehmers der Eisenbahn ausschließen. Der III. C. S. des R. G. hat allerdings in einem Urtheile vom 2. Dezember 1879 (Annalen Bd. I S. 193) den Satz aufgestellt, das Verhalten des Verletzten — eines Kindes — könne als höhere Gewalt nicht angesehen werden. Aber von dieser Auffassung ist dieser Senat später abgegangen und hat insbesondere in dem oben angeführten, von der Rkl. selbst angerufenen Urtheil vom 9. Dezember angenommen, einem durch plötzliche Ohnmacht bewirkten Sturz könne ebenso wie einem epileptischen Anfall des Verletzten der Charakter eines „unabwendbaren Zufalls" beizulegen sein. Es ist deshalb nicht geboten, bezüglich der von der Rkl. angeregten Frage einen Ausspruch der vereinigten Civilsenate herbeizuführen. Aus den bisherigen Ausführungen ergiebt sich, daß das B. G. den Rechtsbegriff der höheren Gewalt nicht verkannt und die Vorschrift des § 1 des Haftpflichtgesetzes nicht verletzt hat. II. C. S. i. S. Ritter c. Straßenbahn-Aktiengesellschaft vom 23. März 1888, Nr. 28/88 II.

III. Das Preußische Allgemeine Landrecht.

7. Das Preußische Landrecht hätte die Rechtsregel: „locus regit actum" gänzlich beseitigen und für die Klagbarkeit oder Rechtsverbindlichkeit von Verträgen die Formvorschriften des Preußischen Rechtes als ausschließlich maßgebend hinstellen können. Es hat jene Rechtsregel mit den aus den §§ 112 bis 114 a. a. O. sich ergebenden Maßgaben aufgenommen. Dabei spricht nichts für die Absicht, die Vorschrift des § 112 auf den Fall, daß die Erklärung, mit welcher die Willenseinigung erzielt wird und der Vertrag zu Stande kommt, nicht unter der Herrschaft des A. L. R. abgegeben wird, keine Anwendung finden zu lassen. Mit dem § 112 wird dem Rechtsgedanken Ausdruck gegeben, daß bei einem Vertragsschlusse unter Abwesenden aus dem Orte der Datirung des Vertrages auf den Willen der Vertragsschließenden sich dem Rechte dieses Ortes zu unterwerfen, zu schließen ist. Und das Preußische Recht hat in dem § 112 einen Rechtssatz aufgestellt, welcher auf einen unter Abwesenden geschlossenen, innerhalb des Geltungsbereichs des Preußischen Landrechts zur Vollendung gelangten Vertrag bei Datirung der Vertragsurkunde von einem außerhalb jenes Geltungsbereichs liegenden Orte die Anwendung des an letzterem Orte geltenden Rechtes ebenso begründen würde, wie er im vorliegenden Falle in Folge der Datirung der Vertragsurkunde von einem Orte des Preußischen Rechtes die Anwendung dieses Rechtes ungeachtet des Umstandes erfordert, daß der Ort des Vertragsschlusses außerhalb des Geltungsbereichs des Preußischen Rechtes liegt. Hieraus folgt, daß das B. G. auf den vorliegenden Vertrag, obgleich die Willenseinigung in Meiningen zum letzten Ausdruck gelangt ist, die Rechtsregel: „locus regit actum" mit Recht nicht so, wie sie nach dem in Meiningen geltenden Rechte Anwendung finden würde, sondern mit der aus dem § 112 a. a. O. sich ergebenden Maßgabe angewendet hat. IV. C. S. i. S. Kurze c. Trautscholb vom 12. März 1888, Nr. 369/87 IV.

8. Die Polizeivorschrift, daß jedes Fuhrwerk bei Dunkelheit mit einer hellbrennenden Laterne versehen sein solle, ist, wie das B. G. annimmt, unter Andern bestimmt, einem Zusammenstoßen zweier Fuhrwerke und einem hieraus zu befürchtenden Schaden vorzubeugen; und zwar im Interesse beider Theile in der Weise, daß die Beleuchtung vorhanden sein soll sowohl zum Schutze des eigenen Gefährts, wie der andern Fuhrwerke. Die Vorschrift ist also ein auf Schadensverhütung abzielendes Polizeigesetz. Der Bekl. hat nach der Feststellung des angefochtenen Erkenntnisses die Vorschrift nicht beobachtet. Es erscheint also die Bestimmung des § 26 Thl. I Tit. 6 A. L. R., wonach derjenige, welcher ein auf Schadensverhütungen abzielendes Polizeigesetz vernachläßigt, für allen Schaden, welcher durch die Beobachtung des Gesetzes hätte vermieden werden können, ebenso haften muß, als wenn derselbe aus seiner Handlung unmittelbar entstanden wäre, an sich anwendbar. Das B. G. hat die Anwendung derselben für ausgeschlossen gehalten, weil die Vermuthung dieses Paragraphen sowohl auf den Bekl. als auf den Kl. Anwendung finde, indem mit derselben Berechtigung, mit der man annehmen könne, daß der Unfall sich hätte vermeiden lassen, wenn der Bekl. eine brennende Laterne am Wagen geführt hätte, die Möglichkeit als vorhanden erachtet werden müsse, daß der Unfall vermieden worden wäre, wenn der Kl. sich nicht der Vernachläßigung einer Polizeivorschrift schuldig gemacht, wenn also sein Gefährt an jenem Abend mit einer hellbrennenden Laterne versehen gewesen wäre. Dabei wird übersehen, daß die Vermuthung des § 26 cit., wie solches sich aus dem Zusammenhange mit den §§ 24, 25 eod. ergiebt, nicht allgemein, namentlich nicht zu Ungunsten des Beschädigten, sondern nur zu Gunsten desselben aufgestellt wird, daß es daher nach diesem Paragraphen unerheblich ist, ob auch der Beschädigte ein zur Verhütung eines Schadens der fraglichen Art bestimmtes Polizeigesetz übertreten hat, wie es auch unerheblich ist, ob ihm selbst ein Versehen, mag es auch ein grobes sein, zur Last fällt. Die Vermuthung des § 26 cit. würde gegen den Kl. nur dann zur Anwendung kommen, wenn auch der Bekl. in Folge der beiderseitigen Uebertretung der Polizeiverordnung einen Schaden erlitten hätte. Dann würde der Kl. nach dem Paragraphen für diesen Schaden einzustehen haben, ebenso wie der Bekl. dem Kl. für den ihm entstandenen Schaden haftet. VI. C. S. i. S. Kimmelt c. Lange vom 7. April 1888, Nr. 35/88 VI.

9. Im § 649 Thl. I Tit. 12 A. L. R. ist bestimmt, daß Verträge, durch welche einer künftigen bestimmten Erbschaft entsagt wird, unter denjenigen, welche zu einer solchen Erbschaft

als gesetzliche Miterben berufen sind, rechtswirksam geschlossen werden können. Für dergleichen Erbentsagungsverträge aber ist regelmäßig die schriftliche Form hinreichend. Dies ergiebt sich daraus, daß im § 653 a. a. O. derartige Verträge in einem besonderen — hier nicht vorliegenden Falle — als der gerichtlichen Form bedürftig hingestellt werden. IV. C. S. i. S. Kurze c. Trautscholb, Nr. 369/87 IV.

10. Wie das R. G. schon in dem Urtheile vom 19. Juli 1884 in Sachen Littauer wider Fiskus IV 72/84 (zu vergl. Juristische Wochenschrift, Jahrgang 1884, Seite 224 Nr. 30) ausgeführt hat, sind unter den „geldgleichen auf jeden Inhaber lautenden Papieren", welche der § 28 Thl. I Tit. 16 des A. L. R. als Zahlungsmittel bezeichnet, nur solche geldwerthe Inhaberpapiere zu verstehen, welche das Gesetz für geldgleiche erklärt, also dem Gelde gleichstellt, und zu solchen Papieren gehören die in Rede stehenden nicht. IV. C. S. i. S. Fiskus c. Ebbinghaus vom 5. März 1888, Nr. 349/87 IV.

11. Der Wortlaut des § 258 II 1 A. L. R.: Wenn aber der Mann diese Verbindlichkeit (§ 256) nicht mehr zu erfüllen vermögend ist, so kann die Frau ihr Eingebrachtes zurückfordern und allenfalls auf Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Mannes antragen macht das Rückforderungsrecht der Frau nur von dem Umstande abhängig, daß der Mann nicht mehr vermögend ist, an Frau und Kind den standesgemäßen Unterhalt zu gewähren, schweigt aber über die Ursache, durch welche der Eintritt dieses Unvermögens hervorgerufen ist. Nach dem Wortlaut ist daher jede Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen des Mannes von der Art, daß ihm die Erfüllung der genannten Unterhaltspflicht unmöglich gemacht wird, als Ursache ausreichend. Auch die Entstehungsgeschichte der §§ 255 bis 258, wie sie von Bornemann Preußisches Civilrecht 2. Ausgabe Bd. V S. 97 und von dem Gesetzrevisor Pensum XV S. 173 ff. mitgetheilt wird, läßt keinen Zweifel darüber, daß man der Frau außer dem Recht auf Sicherheitsbestellung, wenn sich Umstände ereignen, welche die wahrscheinliche Besorgniß eines bevorstehenden Verlustes des Eingebrachten begründen (§ 255), in dem besonderen Falle, „wenn die creditores die Revenüen der illatorum so verkümmern oder der Mann sonst dergestalt ad inopiam vergirt", daß er der Frau nicht mehr den mit Rücksicht auf den Stand zu bestimmenden Unterhalt gewähren kann, in Uebereinstimmung mit dem römischen Recht auch das Recht auf Rückforderung des Eingebrachten geben wollte. Das römische Recht nämlich, auf welches die Redaktoren des Landrechts ausdrücklich verweisen und von welchem sie nur insofern abweichen, daß nicht jede Gefährdung des Eingebrachten, sondern das Unvermögen zur Gewährung des Unterhalts entscheidend sein sollte, läßt darüber keinen Zweifel, daß es nur auf die Verschlechterung der Vermögensverhältnisse, auf die inopia viri ankommt. So bestimmt die lex 24 pr. Dig. Soluto matrimonio 24. 3. Si constante matrimonio propter inopiam mariti mulier agere volet, unde exactionem dotis initium accipere ponamus? Et constat, exinde dotis exactionem competere, ex quo evidentissime apparuerit, mariti facultates ad dotis exactionem non sufficere. Ist hiernach aus dem Wortlaut und aus der Entstehungsgeschichte die Bedeutung des § 258 klar, so kann aus der Stellung desselben nicht, wie der B. R. meint, ein anderer Sinn entnommen werden. Der vorhergehende § 257 bezieht sich vielmehr auf den § 256, aus welchem er eine Folgerung ableitet. Der § 258 bezieht sich dagegen nicht auf den § 257, sondern auf den § 256, wie dies auch der Hinweis im Wortlaut des § 258 deutlich ergiebt. Die Bekl. hat nun unter Beweis gestellt, wie die Vermögensverhältnisse des Kl. seit Abschluß ihrer Ehe so zurückgegangen sind, daß derselbe außer den Einkünften ihres Eingebrachten andere Einnahmen nicht mehr habe, daß ferner der Kl. für sich jährlich etwa 1200 Mark nöthig habe, der gemeinschaftliche Unterhalt beider Ehegatten etwa 1800 Mark erfordere und die Zinsen ihres Eingebrachten etwa 865 Mark betrügen, während der Kl. Gegenbeweis für seine abweichenden Behauptungen angetreten hat. Die Erörterung aller dieser Fragen ist für die Entscheidung, ob der § 258 der Bekl. zur Seite steht, nicht zu umgehen. Denn darum, weil die Bekl. eingeräumt hat, aus den Zinsen ihrer eingebrachten Hypothekenforderungen, in so weit ihr letztere noch zustehen, ihren Unterhalt zu bestreiten, wird die Erörterung nicht entbehrlich. Solange nämlich der ehemännliche Nießbrauch, dessen Geltendmachung die Klage bezweckt, dem Kl. nicht entzogen ist, hat der Kl. Anspruch auf diese Zinsen, ist aber, wie die Bekl. unter Beweis stellt, nicht im Stande, seinen und der Bekl. Unterhalt beim Mangel aller anderen Einnahmequellen aus denselben zu bestreiten. IV. C. S. i. S. Metzner c. Metzner vom 5. April 1888, Nr. 379/87 IV.

IV. Sonstige Preußische Landesgesetze.

Zu den Stempelgesetzen.

12. Die in einem schriftlich geschlossenen, lästigem Vertrage als Gegenleistung bedungene Zahlung einer Geldsumme ist aber keine schriftliche Verhandlung, welche sich als ein neben dem Vertrage bestehendes Geschäft im Sinne der Nr. 1 „der allgemeinen Vorschriften beim Gebrauche des Stempeltarifs" darstellt, sondern die Verpflichtung zur Zahlung ist integrirender Theil des Vertrags und unterliegt als solcher nicht dem Schuldverschreibungsstempel. IV. C. S. i. S. Victoria c. Fiskus vom 5. April 1888, Nr. 374/87 IV.

13. Wird in einer Vertragsurkunde festgesetzt, daß eine von dem einen Vertragschließenden dem anderen für gewisse Verbindlichkeiten bestellte Kaution auch für andere in dem neu abgeschlossenen Vertrage neu begründete Verpflichtungen des Kautionsbestellers haften soll, und wird außerdem verabredet, daß der ursprünglichen Kaution bestimmte Beträge zufließen sollen, so daß die ursprünglich bestellte Kaution sich um diese Beträge erhöht, so fallen die in Frage stehenden Abreden, wenn sie schriftlich getroffen sind, unter den Begriff eines Kautionsinstrumentes im Sinne des Tarifs. IV. C. S. i. S. Fiskus c. Paulinenau Neuruppiner Werke vom 15. März 1888, Nr. 360/87 IV. M.

Für die Redaktion verantw.: S. Haenle. Verlag: W. Moeser Hofbuchhandlung. Druck: W. Moeser Hofbuchdruckerei in Berlin.

№ 23 und 24. Berlin, 12. Mai. 1888.

Juristische Wochenschrift.

Herausgegeben von

S. Haenle, Justizrath, Rechtsanwalt in Ansbach. und M. Kempner, Rechtsanwalt beim Landgericht I. in Berlin.

Organ des deutschen Anwalt-Vereins.

Preis für den Jahrgang 20 Mark. — Inserate die Zeile 40 Pfg. — Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt.

Inhalt.

Aufsätze für die Juristische Wochenschrift, welche acht Spalten überschreiten, können nur ausnahmsweise angenommen werden. Aufsätze, welche sich auf Angelegenheiten des Anwaltstandes und die Reichsjustizgesetze beziehen, erhalten den Vorzug.

Die Redaktion.

Vereinsnachrichten.

Das soeben im Verlage von W. Moeser Hofbuchhandlung erschienene Werk von Carl Pfafferoth, Kanzleirath im Reichsjustizamt „Die Gebührenordnung für Rechtsanwälte vom 7. Juli 1879 nebst Landesgebührengesetzen“, wird den Herren Vereinsmitgliedern zur Anschaffung empfohlen. Der Ladenpreis beträgt 4 Mark broschirt, 5 Mark in Original-Callico-Einband. Die Verlagsbuchhandlung hat sich jedoch verpflichtet, den Herren Vereinsmitgliedern das Werk zum Preise von 3 Mark baar broschirt und 3,75 Mark gebunden franco per Post zu liefern, sofern bei dem unterzeichneten Schriftführer des Deutschen Anwaltvereins die Bestellung erfolgt. Auch haben der Verfasser und die Verlagsbuchhandlung für den unerwarteten Fall, daß bis 1. Januar 1890 die Gebührenordnung abgeändert werden sollte, sich verbindlich gemacht, einen, den Abänderungen entsprechenden Nachtrag den Herren Vereinsmitgliedern unentgeltlich zu liefern.

Leipzig, im Mai 1888.

Mecke, Schriftführer.

Hülfskasse für deutsche Rechtsanwälte.

Da nach den Satzungen der Hülfskasse für deutsche Rechtsanwälte die Beiträge für das Geschäftsjahr 1. Juli 1887 bis 30. Juni 1888 vom 1. Mai 1888 ab durch Postnachnahme einzuziehen sind, so ersuche ich die Herren Vertrauensmänner und Mitglieder die Zahlungen bis zum 18. Mai spätestens an mich zu bewirken.

Leipzig, 8. Mai 1888.

Dr. **Seelig,** Schatzmeister.

Die Anwaltskammer im Bezirke des Oberlandesgerichts zu München hat der Kasse wiederum eine Beihülfe von 500 Mark überwiesen. Der Kammer und ihrem Vorstand ist für die erfreuliche und erhebliche Gabe der verbindlichste Dank ausgesprochen.

Klage und Einrede im Interventionsprozesse.

Von Dr. Hermann Staub, Rechtsanwalt in Berlin.

(Fortsetzung.)

Die Klage auf Rückzahlung des Erlöses.

I.

Wenn die Pfandsache versteigert und der Erlös dem Gläubiger ausgezahlt ist, so giebt die Praxis ganz allgemein dem Intervenienten die Klage auf Rückzahlung des Erlöses. Die Praxis construirt diesen Anspruch als condictio sine causa. Sie deducirt, daß der Gläubiger aus einem dem Kläger gehörigen Vermögensstück seine Befriedigung erlangt hat, somit um den Betrag des Auctionserlöses auf Kosten des Klägers ungerechtfertigt bereichert ist.

Wenn ich es unternehme, an dieser Lehre, die bisher als Dogma betrachtet wurde, zu rütteln, so befinde ich mich in guter Gesellschaft. Denn auch das Reichsgericht hat in einer aus Anlaß eines gemeinrechtlichen Falles gefällten Entscheidung vom 6. Februar 1885 (Bd. 13 S. 181) den Grundsatz ausgesprochen, daß der dritte Eigenthümer einer im Wege der Zwangsvollstreckung gepfändeten und verkauften Sache gegen

den Gläubiger auf Rückzahlung des Erlöses nicht klagen kann.

Allein die Art, wie das Reichsgericht diesen Grundsatz rechtfertigt, befriedigt nicht. Das Reichsgericht führt zwei selbstständige Gründe an:

Einmal geht es davon aus, daß in der Civilprozeßordnung das Pfändungspfandrecht dem Vertragspfandrecht gleich gestellt wird; es beweist dann aus den Quellen des gemeinen Rechts, daß auch bei demjenigen Vertragspfandrecht, welches wegen mangelnden Eigenthums des Verpfänders ungiltig ist, die Pfandveräußerung gleichwohl einen giltigen Verkauf und eine giltige Befriedigung herbeiführt, und schließt hieraus, daß dies auch bei demjenigen Pfändungspfandrechte gelten müsse, welches wegen mangelnden Eigenthums des Schuldners als ungiltig zu betrachten sei. Allein diese Deduktion ist nicht schlüssig. Denn wenn auch das Pfändungspfandrecht dem Vertragspfandrecht gleichgestellt ist, so ergiebt sich daraus keineswegs, daß auch die letzten Consequenzen eines ungiltigen Pfändungspfandrechts die gleichen sein müssen, wie die letzten Consequenzen eines ungiltigen Vertragspfandrechts.

Der zweite Grund des Reichsgerichts geht dahin: Die Empfangnahme des Zwangsversteigerungserlöses gilt nach der Civilprozeßordnung als Zahlung. Wie es nun bei der freiwilligen Zahlung gleichgiltig ist, ob der Schuldner aus eigenen oder fremden Mitteln zahlt, in beiden Fällen vielmehr eine giltige Zahlung vorliegt, so müsse dasselbe auch bei der durch den Pfandverkauf bewirkten Zahlung gelten. Indessen auch diese Deduktion ist nicht schlüssig. Denn die freiwillige Zahlung und die Zahlung durch Zwangsversteigerung können nicht schlechtweg parallelisirt werden, die freiwillige Zahlung erfolgt unmittelbar, die Zwangszahlung mittelbar durch das Medium der Pfändung, aus der sie ihren Ursprung herleitet und ihre Kraft schöpft. Es ist nicht angängig, die Zwangszahlung von der Pfändung loszulösen und ihr eine selbstständige Kraft beizumessen ohne Rücksicht auf die Pfändung, die ihre Quelle ist.

II.

Dennoch ist das Resultat des Reichsgerichts richtig, jedoch aus anderen Gründen.

Geht man nämlich auf das durch Pfändung bewirkte Pfandrecht zurück und prüft man das Wesen dieses Institutes genauer, so gelangt man zu dem Satze, daß dieses Pfandrecht, falls die Pfändung in der von der Civilprozeßordnung vorgeschriebenen Form geschieht, ein schlechtweg giltiges Pfandrecht ist, gleichviel, ob der Schuldner Eigenthümer der gepfändeten Sachen war oder nicht. Wenn es gelingt, die Richtigkeit dieses Satzes zu beweisen, dann, aber auch nur dann ist der weitere Schluß gestattet, daß auch der letzte Akt der Zwangsvollstreckung, die Empfangnahme des Erlöses schlechtweg eine giltige Zahlung ist.

Es gilt jetzt den Satz zu beweisen: Das Pfändungspfandrecht giebt dem Gläubiger ein nicht blos prima facie und formell, sondern ein innerlich und materiell giltiges Pfandrecht, ohne Rücksicht darauf, ob der Schuldner Eigenthümer der Pfandsache ist oder nicht.

Bei der juristischen Construktion des Pfändungspfandrechts liebt es die Wissenschaft, davon auszugehen, daß das Pfändungspfandrecht dem freiwillig bestellten Faustpfande gleichsteht. Die von der Civilprozeßordnung vorgenommene Gleichstellung des Pfändungspfandrechts mit dem durch Vertrag begründeten Faustpfandrecht ist die gesetzliche Stütze dieser Construktion (§ 709).

Allein bei dieser Construktion wird zweierlei vermengt, was durchaus auseinander gehalten werden muß: nämlich die Voraussetzungen und die Wirkungen des Pfandrechts.

In den Wirkungen ist das Pfändungspfandrecht dem durch Vertrag begründeten Pfandrecht gleichgestellt.[1])

Was aber die Voraussetzungen dieses Pfandrechts betrifft, so ist es nicht gestattet, diejenigen des freiwillig bestellten Pfandrechts, insbesondere also die Vorschrift des Civilrechts, daß die Verpfändung einer fremden Sache ungiltig ist, ohne weiteres auf das Pfändungspfandrecht zu übertragen.[2]) Die Voraussetzungen des Pfändungspfandrechts sind vielmehr selbstständig aus den Vorschriften des Gesetzes herzuleiten, welches dieses Institut geschaffen hat: aus den Vorschriften der Civilprozeßordnung. Diese aber bestimmt, daß das Pfändungspfandrecht durch Pfändung erworben wird. — § 709. — Durch eine rite vorgenommene Pfändung wird daher das Pfändungspfandrecht rite erworben. Zur giltigen Pfändung aber erfordert das Gesetz bei körperlichen Sachen:

1. Besitznahme durch den Gerichtsvollzieher. — § 712. —
2. Vorhandensein der Sachen im Gewahrsam des Schuldners.

Eine unter diesen beiden Voraussetzungen vollzogene Pfändung ist giltig und hat ein giltiges Pfandrecht zur Folge, und es ist nicht gestattet, zu diesen Voraussetzungen des Pfändungspfandrechts noch aus dem Civilrecht die weitere hinzuzufügen, daß der Schuldner auch Eigenthümer der Pfandsache sein müsse. Denn die Civilprozeßordnung will die Voraussetzungen des von ihm neu geschaffenen Instituts erschöpfend regeln, und wer aus dem Civilrecht noch die weitere Voraussetzung, Eigenthum des Schuldners, entlehnt, der müßte, wenn von den verschiedenen Civilrechten das eine dieses Requisit aufstellt, das andere nicht, das von der Civilprozeßordnung einheitlich gedachte Institut des Pfändungspfandrechts in den verschiedenen Rechtsgebieten unter verschiedenen Voraussetzungen entstehen lassen[3]); der müßte ferner, grade so gut, wie er von dem Vertragspfandrecht die Berechtigung zu disponiren auf das Pfändungspfandrecht überträgt, consequent auch die im preußischen Recht sogar in erster Linie geforderte Fähigkeit zu disponiren, auf das Pfändungspfandrecht übertragen. (Soweit Jemand, sagt § 15, I, 20 A. L. R. über eine Sache zu verfügen fähig und berechtigt ist, soweit kann er auch damit durch Pfand oder

[1]) § 709 spricht sogar nur von den Wirkungen im Verhältniß zu anderen Gläubigern.

[2]) Für das preußische Recht bestimmt § 15, I, 20: Soweit Jemand über eine Sache zu verfügen fähig und berechtigt ist, soweit kann er auch damit durch Pfand oder Hypothek giltig Sicherheit bestellen.

[3]) Im Gebiete des französischen Rechts wo der Satz gilt: La possession vaut titre kann in der That nicht bezweifelt werden, daß das Pfändungspfandrecht Eigenthum des Schuldners nicht voraussetzt. Vergl. Kahn a. a. O. Zu weit aber scheint Kahn zu gehen, wenn er auf Grund jenes Rechtssatzes des Art. 2279 cod. civil dem redlichen Pfändungspfandgläubiger gegenüber die Interventionsklage überhaupt versagt. cf. unsere Abhandlung unter Nr. 1.

Hypothek giltig Sicherheit bestellen). Und doch wird man nicht annehmen, daß ein Erkenntniß gegen einen nach der Rechtskraft in Wahnsinn Verfallenen nicht vollzogen werden kann, außer wenn ihm ein Vormund bestellt wird. Die Civilproceßordnung kennt diese Beschränkung nicht und deshalb gilt sie nicht.

Wer also das Eigenthum des Schuldners als Voraussetzung des richterlichen Pfandrechts um deshalb fordert, weil das Vertragspfandrecht diese Voraussetzung hat, zieht einen Schluß, der durch nichts gerechtfertigt wird. Der von Manchen zur Rechtfertigung angezogene Satz: Quod facit judex, videntur facere partes ist in den Gesetzen nicht enthalten. Ein solches Rechtssprichwort mag hier und da zur Erläuterung und Veranschaulichung benutzt werden, aber bedenklich ist es, aus einem solchen bindende juristische Schlußfolgerungen zu ziehen.

Nur dann wäre es berechtigt, das Eigenthum des Schuldners als Voraussetzung der Giltigkeit des Pfändungspfandrechts aufzustellen, wenn ein jedes Pfandrecht seinem juristischen Wesen nach dieses Requisit erforderte oder wenn die Vorschriften der Civilproceßordnung diese Voraussetzung als selbstverständliche enthielten.

Beides aber ist nicht der Fall, wie im Folgenden gezeigt werden soll.

III.

Wenn das preußische und gemeine Recht für das freiwillig bestellte Pfandrecht die Berechtigung des Verpfänders über die Pfandsache zu disponiren, erfordert, so ist dies durch das Wesen des Pfandrechts nicht unbedingt geboten. Man sagt wohl, es ergebe sich dies mit Nothwendigkeit aus dem Satze: Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet. Allein mit der Berufung auf diesen Satz ist nichts gewonnen. Denn diese Rechtsregel enthält keinen Rechtssatz, sondern einen Rechtsgedanken.[4] Immer kommt es darauf an, wie das positive Recht den Rechtsgedanken verkörpert hat, welche positive Bestimmungen es auf den Rechtsgedanken aufgebaut hat. Sieht man nun zu, wie das Gesetz diesem Rechtsgedanken, daß Niemand mehr Rechte verleihen kann, als er selbst hat, in seinen positiven Einzelvorschriften Ausdruck gegeben hat, so findet man, daß er im allgemeinen nicht dazu geführt hat, die vom Nichteigenthümer bestellten Rechte für schlechtweg ungiltig zu erklären, sondern das Gesetz erklärt sie für giltig und nur dem Eigenthümer gegenüber für unwirksam. So ist das vom Nichteigenthümer bestellte Miethsrecht giltig und erzeugt ein dingliches Recht, das von Jedem zu respektiren ist und nur dem Eigenthümer weicht, desgleichen das vom Nichteigenthümer bestellte Leihrecht, selbst das Verkaufen einer fremden Sache erzeugt ein sehr intensives dingliches jus possidendi, nur unbeschadet des Eviktionsrechts des Eigenthümers, desgleichen kann eine fremde Sache an Zahlungsstatt giltig hingegeben werden (§ 242 I 16 A. L. R.) mit der vollen Wirkung der Schuldtilgung, nur unbeschadet des Vindikationsrechtes des Eigenthümers.

Wenn daher beim Vertragspfandrecht schon zur Giltigkeit des Rechts die Dispositionsberechtigung des Schuldners gehört, so ist dies ein Erforderniß, das sich nicht als directe Consequenz aus einer allgemeineren Regel ergiebt. An sich ist nicht abzusehen, warum man zwar mit einer fremden Sache eine Schuld tilgen, nicht aber eine Schuld sichern könnte, warum man an einer fremden Sache andere dingliche Rechte, und nicht das Pfandrecht bestellen könnte.

Wenn also im preußischen und gemeinen Rechte das Vertragspfandrecht Eigenthum des Schuldners voraussetzt, so ist das nichts, was zum Wesen der dinglichen Rechte oder auch nur zum Wesen des Pfandrechts gehört. So war denn auch in den germanischen Rechten das vom Nichteigenthümer bestellte Pfandrecht unzweifelhaft giltig (cfr. Stobbe, deutsches Privatrecht Bd. I S. 154 Nr. 4). Und so ist auch, wie in Anmerkung 3 erwähnt worden, auch im Gebiete des französischen Rechts das bona fide erworbene Vertragspfandrecht ohne Rücksicht auf das Eigenthum des Schuldners giltig.

Zum Wesen eines jeden Pfandrechts gehört also das Eigenthum des Schuldners nicht und es entfällt daher dieser Grund zur Uebertragung dieses Requisits auf das Pfändungspfandrecht.

IV.

Als letzter möglicher Grund bliebe übrig, daß die Vorschriften der Civilprozeßordnung dieses Requisit als selbstverständliches enthielten, daß man vernünftiger Weise die Vorschriften der Prozeßordnung nicht anders auffassen könnte, als dahin, daß die Pfändung in das Vermögen des Schuldners, also in das Eigenthum desselben zu erfolgen habe, wenn dies auch mit keinem Worte erwähnt wird[5]. Allein hierdurch würde abermals ein Rechtsgedanke zum Rechtssatz erhoben werden. Der legislative Grundgedanke geht ja allerdings dahin, daß die Zwangsvollstreckung nur das Vermögen des Schuldners treffen soll. Aber es kommt darauf an, welchen positiven Ausdruck dieser Rechtsgedanke gefunden hat. Sicherlich wollte auch der preußische Gesetzgeber, wenn er das Vermiethen, das Verleihen, das Verkaufen, das Hingeben an Zahlungsstatt einer fremden Sache gestattete, nicht den Mißbrauch mit fremdem Eigenthum sanktioniren; dennoch gelangte auch der preußische Gesetzgeber durch die Nothwendigkeit, den Complikationen des Rechtsverkehrs insbesondere dem redlichen Rechtserwerb Rechnung zu tragen, dazu, solche Verfügungen für giltig zu erklären und die Collision mit dem wahren Eigenthum in anderer Weise auszugleichen. So geht auch der Gesetzgeber der Civilprozeßordnung zwar von dem Grundgedanken aus, daß nur das Vermögen des Schuldners dem Gläubiger zur Befriedigung dienen solle, aber in der Ausführung des Rechtsgedankens konnte er nicht umhin, die Giltigkeit des Pfändungspfandrechts von dem Eigenthum des Schuldners nicht abhängig zu machen und die hierdurch entstehenden Collisionen mit dem Eigenthum auf andere Weise auszugleichen. Dem Gesetzgeber der Civilprozeß-

[4]) Der Satz behält diesen Charakter trotz seiner Formulirung im positiven Recht (§ 101 Einleitung zum A. L. R.). Er stellt nicht ein unbeugsames Rechtsprinzip dar, sondern einen für Ausnahmen und Modifikationen zugänglichen Grundgedanken, den Verfassungssätzen vergleichbar, durch welche die sog. Grundrechte normirt werden: „Die Wissenschaft und ihre Lehre ist frei“, „das Eigenthum ist unverletzlich“.

[5]) Es ist bezeichnend und offenbar auf Absicht beruhend, daß dies mit keinem Worte erwähnt wird. Die Civilprozeßordnung sagt nirgends, daß nur das Vermögen des Schuldners von der Zwangsvollstreckung ergriffen werde, während die Konkursordnung dies in ihrem ersten Paragraph hervorhebt. Doch wird auf solche Wortinterpretation kein Hauptgewicht gelegt.

ordnung genügt von diesem Gesichtspunkte die Gewahrsam des Schuldners, das allgemeine in bonis esse, zur Ausgleichung der Collision mit dem Eigenthum dient ihm die Vorschrift des § 690, wonach derjenige, der ein veräußerungshindernedes Recht hat, seinen Anspruch im Wege der Klage geltend zu machen hat.

Das in dieser Gesetzesvorschrift gegebene Mittel, das Pfändungspfandrecht zum Weichen zu bringen, setzt aber nicht etwa ein ungiltiges Pfandrecht voraus. Das Eigenthum hat nicht blos die Kraft, ungiltige Rechte zu verdrängen, sondern auch giltige. Das Pfändungspfandrecht tritt nach dieser Theorie dem Miethsrecht, dem Leihrecht, den durch Kauf oder Zahlungsstatt entstehenden jura fossidendi an die Seite, welche gleichfalls, auch wenn sie vom Nichteigenthümer herrühren, dingliche Rechte sind, die überall Stand halten und nur vor dem Eigenthum, dem stärkeren Rechte weichen müssen[9]). „Seit Publizius Prätor in Rom war," bemerkt Francke (bei Busch V S. 210) zutreffend, „giebt es auch dingliche Rechte, welche nur gewissen Personen gegenüber durchdringen, gewissen Dritten gegenüber unwirksam sind."

V.

Wenn es aber, so wird man vielleicht entgegnen, dem Eigenthümer auf Grund seines Eigenthums unbenommen ist, der Fortsetzung der Zwangsvollstreckung zu widersprechen und dieselbe zur Aufhebung zu bringen, was hilft denn diese ganze Theorie von der unbedingten Giltigkeit des Pfändungspfandrechts? Kann er der schwebenden Zwangsvollstreckung widersprechen, so kann er auch die Consequenzen der beendeten anfechten.

Diese letztere Schlußfolgerung ist nicht richtig. Sie würde nur dann berechtigt sein, wenn es einen allgemeinen Rechtssatz gäbe, daß den Rechten des Eigenthümers durch keinerlei rechtliche Dispositionen Dritter präjudicirt werden könnte. Dann wäre Alles, was mit der dem Intervenienten gehörigen Pfandsache geschieht, gleichviel ob an sich giltig oder nicht, jedenfalls dem Eigenthümer gegenüber nicht präjudiciell, und könnte seinen Rechten keinen Eintrag thun.

Ein solcher Rechtssatz aber existirt nicht. Denn auch die aus der Absolutheit des Eigenthumsrechts folgende Vindikation ist an Bedingungen der Geltendmachung geknüpft. Will der Eigenthümer sein Vindikationsrecht ausüben, so muß er dies thun, so lange der Besitzer sich noch im Besitze befindet. Nach der Veräußerung tritt nicht etwa an Stelle der Sache ihr Werth, sondern es muß nach Civilrecht der Eigenthümer zunächst sehen, wo er sich sonst schadlos halten kann, eventuell muß er sich mit dem bei der Veräußerung etwa gezogenen Vortheil begnügen und geht leer aus, wenn der Besitzer einen Vortheil nicht erzielt hat. — § 28 I, 15 A. L. R. — Hat z. B. A von B eine dem C gehörige Sache an Zahlungsstatt angenommen, so kann sie C voll und ganz vindiciren, solange sich A im Besitze befindet; veräußert sie aber A, so kann C nur noch den bei der Veräußerung gezogenen Vortheil beanspruchen, d. h. den Ueberschuß, den A über seine Forderung erzielt hat und wenn er einen solchen erzielt hat. So muß, um ein weiteres Beispiel anzuführen, derjenige der einen fremden Hasen zum Geschenke erhält, ihn dem Eigenthümer unentgeltlich herausgeben, hat aber der Beschenkte den Hasen verzehrt, so geht der Eigenthümer leer aus und nicht einmal von einem Bereicherungsanspruch ist die Rede, denn für die gehabten Genüsse hat der Beschenkte seine justa causa in der Schenkung.

So ist auch gegenüber dem Pfändungspfandrecht die Geltendmachung der Vindikation an die Bedingung geknüpft, daß sie im Wege der Klage — und überdies im Gerichtsstande der Pfändung — erfolge. Widerspricht der Eigenthümer in dieser Form nicht, so ist der Gläubiger berechtigt, die Zwangsvollstreckung fortzusetzen. Das Pfandrecht bleibt, weil vom Eigenthümer nicht angefochten, auch diesem gegenüber wirksam und hat eine wirksame und gültige Zahlung zur Folge. Die Zahlung ist gültig und wirksam: gültig, weil ihre Grundlage, das Pfändungspfandrecht, in jedem Falle gültig war, wirksam, weil der Einzige, der die Unwirksamkeit gegen sich geltend machen konnte, dies nicht gethan hat. Die Pfändung ist daher bis zum Schlusse wirksam geblieben. Jetzt, nachdem die Zahlung erfolgt ist, kann gegen die Wirksamkeit nicht mehr angefochten werden, denn die Geltendmachung des Widerspruchs ist an die Bedingung geknüpft, daß er als Widerspruchsklage gegen die Zwangsvollstreckung erfolgt. Das aber setzt eine noch schwebende Zwangsvollstreckung voraus, einer beendeten Zwangsvollstreckung kann man nicht mehr widersprechen, vielmehr ist nunmehr die Thatsache zum Ausgangspunkte weiterer Betrachtung zu machen, daß der Intervenient der Zwangsvollstreckung nicht widersprochen hat. Hat der Eigenthümer der Pfändung seiner Sache nicht widersprochen, so hat der Gläubiger allerdings aus einer fremden Sache seine Befriedigung erlangt, aber aus einer fremden Sache, die der Eigenthümer nicht mit den ihm vom Gesetz zur Verfügung gestellten Mitteln geschützt hat, und welche der Gläubiger zu seiner Befriedigung heranzuziehen befugt war, wenn der Eigenthümer dem nicht widersprach.

VI.

Wir gelangen hiernach zu folgenden Sätzen:

1. Das rite erworbene Pfändungspfandrecht ist ein giltiges Pfandrecht, auch wenn der Schuldner nicht Eigenthümer ist.
2. Der Eigenthümer (und entsprechend der Theorie des Landrechts der besser berechtigte Besitzer) kann das Pfändungspfandrecht zum Weichen bringen, es als gegen sich unwirksam anfechten.
3. Es muß dies jedoch durch einen im Wege der Klage anzubringenden Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung geschehen, also bei noch schwebender Zwangsvollstreckung.
4. Andernfalls hat das giltige und vom Eigenthümer unangefochten gebliebene Pfändungspfandrecht in seinem letzten Endziel eine giltige, wirksame und unanfechtbare Zahlung zur Folge.

[9]) Bunsen (die Lehre von der Zwangsvollstreckung) kommt von anderen Gesichtspunkten gleichfalls zu dem Resultate, daß das Pfändungspfandrecht schlechtweg giltig ist, auch wenn die gepfändete Sache dem Schuldner nicht gehört. Aber wenn er hieraus die Consequenz zieht, daß dann auch die Eigenthumsklage nicht mehr Platz greifen kann, und die Klage aus § 690 daher eine andere Rechtsquelle haben müsse, so ist das irrig, denn wie wir im Texte sagen, „das Eigenthum hat nicht blos die Kraft, ungiltige Rechte zu verdrängen."

5. Diese Zahlung kann nicht zurückgefordert werden, weil sie nicht ohne Rechtsgrund erlangt ist.

In der That hat der Gläubiger die Zahlung nicht ohne Rechtsgrund erlangt, sondern hat seine justa causa in dem gültigen und auch dem Eigenthümer gegenüber wirksam gebliebenen Pfändungspfandrecht. Der Gläubiger hat ja auch keine Macht, jemals vom Schuldner nochmals Zahlung zu erlangen, muß die erhaltene Zahlung auch diesem gegenüber als Zahlung gelten lassen. Es fehlt daher für die Klage aus der grundlosen Bereicherung sowohl an der Grundlosigkeit, wie an der Bereicherung.

VII.

Das Requisit der Bereicherung fehlt übrigens auch aus ganz selbstständigen, von unserer Theorie unabhängigen Gesichtspunkten. Der Gläubiger nämlich, der seine Befriedigung erlangt hat, hat hierdurch seinen Schuldtitel verloren; derselbe ist mit der Quittung des Gerichtsvollziehers versehen und dem Schuldner ausgehändigt worden. Selbst wenn man die oben entwickelte Theorie vom giltigen Pfandrecht nicht gelten lassen will, so wird man doch zugeben, daß die Bereicherungsklage zwar verhindern soll, daß Jemand reicher werde, nicht aber bewirken darf, daß Jemand ärmer werde. Das aber würde der Fall sein, wenn man dem Eigenthümer ohne Rücksicht auf die Thatsache, daß der abquittirte Schuldtitel ausgehändigt wurde, das Recht geben wollte, den Erlös dem Gläubiger zu entreißen und es diesem überlassen wollte, gegen den Schuldner auf Anfechtung der Quittung und Rückgabe des — vielleicht garnicht mehr vorhandenen — Schuldtitels zu klagen, falls man ein Aufrufen der Forderung gegen unseren Standpunkt überhaupt für möglich hält. Um die mit diesen ungünstigen Chancen verknüpften Nachtheile wäre der Gläubiger ärmer als vorher, ehe er den Erlös ausgehändigt erhielt.[7])

Läßt man aber unsere Theorie gelten, so erscheint der Gläubiger überhaupt nicht bereichert. Denn er hat auf Grund eines gültigen und in seiner Wirksamkeit überall unangefochten gebliebenen Pfandrechts seine Befriedigung erhalten, hat Forderung gegen Geld ausgetauscht und nur das bekommen, was er zu verlangen hatte, weshalb er auch unter keinen Umständen in der Lage wäre, von dem Schuldner nochmals Zahlung zu verlangen. Bereichert erscheint dann allein der Schuldner. Denn für diesen ist die Wirkung eingetreten, daß im Wege gesetzlichen Zwanges aus einem ihm nicht gehörigen, ihm nur leihweise oder sonstwie anvertrauten Gegenstande ein Gläubiger befriedigt, er von einer Schuld liberirt wurde. An diesen mag sich der Eigenthümer halten. Daß dieses Rückgriffsrecht meist nur platonische Bedeutung haben wird, ist ein für die juristische Konstruktion nicht in Betracht kommender Umstand.

VIII.

Ergiebt sich hieraus, daß die Klage auf Rückzahlung des Erlöses nicht zulässig ist, weil die Erfordernisse eines Bereicherungsanspruchs nicht vorliegen, so darf andererseits auch nicht unbeachtet bleiben, daß, insbesondere in Reaktion gegen die erwähnte reichsgerichtliche Entscheidung, in der Praxis[8]) der Versuch gemacht wird, die Zulässigkeit der Klage, ganz abgesehen von dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung, auf die Sonderbestimmungen des preußischen Rechts über die Auseinandersetzung zwischen dem Eigenthümer und dem redlichen Besitzer, auf den in den vorstehenden Ausführungen bereits erwähnten § 28, I, 15 zu stützen.[9]) Nach dieser Gesetzesvorschrift soll der Vindikant von dem redlichen Veräußerer der Sache, falls er anderweit nicht entschädigt werden kann, den bei der Veräußerung gezogenen Vortheil fordern können. Es führt aber diese Gesetzesstelle, deren — mindestens analoge — Anwendbarkeit an sich wir nicht leugnen, zu dem gleichen Ergebnisse, wie dasjenige, zu welchem wir bereits gelangten. Zunächst wollen wir nur mit einem Worte darauf hinweisen, daß die Anwendung dieses Paragraphen den dem Kläger obliegenden Nachweis voraussetzt, daß er anderweit, z. B. vom Exequenden, dem er die verkaufte Sache anvertraut hat, nicht entschädigt werden kann, und es darf diese zweifellose Beweislast nicht verschoben werden. Im Kern der Sache aber kann der Exekutionsgläubiger bei der hier vorliegenden Veräußerung nach den Sonderregeln von der Zwangsvollstreckung zu einem Vortheil d. h. zu einem Ueberschusse über seine Forderung nicht gelangen, weil dieser dem Exequenden ausgehändigt wird. Der Gedanke aber, daß nicht blos der Ueberschuß über die Judikatsforderung, sondern der ganze Erlös als der dem Intervenienten zurückzuzahlende „Vortheil" im Sinne des § 28, I 15 zu betrachten wäre, ist beim Festhalten unseres Standpunktes ausgeschlossen. Denn nach dem von uns gewonnenen Ergebnisse hat ja der Exekutionsgläubiger durch den Erlös keinen Vortheil erlangt, sondern nur das Aequivalent seiner Forderung erhalten, er ist in Ausübung eines giltigen Pfandrechts giltig bezahlt und muß, wenn er auf der einen Seite Geld bekommen hat, auf der einen Seite den Untergang seiner Forderung gegen sich gelten lassen. Er muß diese Zahlung auch dem Schuldner gegenüber für alle Zeiten gegen sich gelten lassen, ist absolut nicht in der Lage, die Forderung je wieder aufzurufen, und könnte daher vom Schuldner in der Folgezeit ebenso wenig nochmals Zahlung verlangen, wie derjenige Gläubiger, der vom Schuldner eine fremde Sache an Zahlungsstatt genommen und die Sache, wir wollen einmal sagen ohne Ueberschuß veräußert hätte. Darum aber kann auch der Eigenthümer, der von diesem eben erwähnten Nehmer an Zahlungsstatt, solange dieser noch im Besitze war, die ganze Sache vindiciren konnte, jetzt nach der Veräußerung nichts fordern, weil ja auch dieser jetzt nicht mehr in der Lage wäre, seine Forderung wieder aufzurufen. Nur wenn der Nehmer an Zahlungsstatt einen Vortheil d. h. einen Ueberschuß über seine Forderung erzielt hätte, und soweit dieser reicht, wäre ein Anspruch denkbar.

[7]) Ein Fall des § 669 C. P. O. (Ertheilung einer zweiten vollstreckbaren Ausfertigung) liegt nicht vor. So lange die Quittung existirt, existirt sie auch für die zweite Ausfertigung. Ueberdies kann nicht angenommen werden, daß in diesem Verfahren, Anträge, die so verwickelte thatsächliche Verhältnisse zur Unterlage haben, erledigt werden können. Auch würde im Falle der Theilbeitreibung dieses Mittel ganz versagen.

[8]) Vergleiche z. B. die Entscheidung des Amtsgerichts I Berlin, 38 C 1227/86. So auch konstant die 14. Civilkammer des Landgerichts I Berlin, die Berufungskammer für Interventionssachen.

[9]) Den Satz: Pretium succedit in locum rei haben wir geflissentlich aus unserer Betrachtung ausgeschieden. Mit diesem Satze ist gar nichts anzufangen. Er beweist alles und gar nichts und gilt im preußischen Rechte übrigens nicht einmal als Rechtsgedanke. (Vergl. Foerster, Privatrecht Bd. I § 22.)

Nimmer aber kann man das, was Jemand als Aequivalent für seine gleichzeitig untergehende Forderung als giltige Zahlung erhalten hat, als Vortheil betrachten, und die Anwendung jenes § 28, I 15 ist deshalb beim Exekutionsgläubiger gegenstandslos.

IX.

Erscheint dieses Resultat einigermaßen rigoros, so wird es dadurch gemildert, daß es nur dann eintreten kann, wenn der Intervenient das ganze Stadium der Zwangsvollstreckung hat vorübergehen lassen, ohne seinen Widerspruch geltend zu machen. Es ändert sich dies aber, sobald der Intervenient bei noch im Gange befindlicher Zwangsvollstreckung dem Gläubiger die Interventionsklage zustellt.

Durch diesen Akt hat der Intervenient das gethan, was das Gesetz ihm vorschreibt, um die Zwangsvollstreckung gegen sich für unwirksam zu erklären. Gleichzeitig giebt das Gesetz dem Intervenienten die Möglichkeit, die Zwangsvollstreckung zur Einstellung zu bringen und die Sachen in natura zu erhalten. Aber wenn der Intervenient die Bedingungen des Einstellungsbeschlusses nicht erfüllen kann, so bleibt doch das bestehen, daß er der Zwangsvollstreckung rechtzeitig und in gehöriger Form widersprochen hat. Die Zwangsvollstreckung bleibt zwar giltig und kann forgesetzt werden, aber dem Intervenienten gegenüber bleibt sie unwirksam. Sie darf, einmal wirksam angefochten, seinen Rechten keinen Eintrag thun, woraus sich als Konsequenz ergeben würde, daß der Gläubiger, der die Zwangsvollstreckung dennoch fortsetzt, dem Intervenienten den vollen Werth der Sachen zu ersetzen hätte. (Auch die Analogie des § 222, I. 7 Allgemeines Landrecht führt zu diesem Resultate.) Die Pflicht des Gläubigers auf Ersatz des vollen Werths ist aber durch eine noch in Kraft befindliche Vorschrift der Gerichtsordnung für das preußische Recht dahin eingeengt worden, daß der Gläubiger nur den Auktionserlös zurückzuzahlen braucht. Es sagt nämlich § 77, I, 24 A. G. O.:

> „Wenn der Eigenthumsanspruch mit nichts bescheinigt ist, so muß mit dem Verkauf der gerichtlich angesprochenen Sachen dennoch verfahren und die Intervention allenfalls auf das dafür gelöste Kaufgeld gerichtet werden."

Diese Vorschrift läßt zugleich ersehen, daß auch die Gerichtsordnung den Anspruch auf Rückzahlung des Erlöses nur dann gelten läßt, wenn die Sache bereits „gerichtlich angesprochen" ist. Daß die Vorschrift noch in Kraft ist, nimmt auch Basch (Allgemeine Gerichtsordnung in ihrer heutigen Gestalt und Geltung) an, während Vierhaus in dem korrespondirenden Werke die Vorschrift nicht abdruckt. Es ist Basch darin beizustimmen, daß die Vorschrift materieller Natur ist und deshalb noch besteht.

X.

Mit diesem Resultate dürfte die Praxis wohl zufrieden sein. Es beseitigt die Unsicherheit des Rechtsverkehrs, die darin liegt, daß der Gläubiger 30 Jahre lang dem ausgesetzt sein muß, daß irgend eine dritte Person die im Wege der Zwangsvollstreckung mühsam erlangte Befriedigung wieder zurückverlangt, mit der zweifelhaften rechtlichen und noch mehr thatsächlichen Aussicht, seinerseits das Geld wieder vom Schuldner zu erlangen. Sie enthält aber auch keine Unbilligkeit gegen den Intervenienten. Denn dieser braucht nur die Klage zuzustellen, um sich seine Rechte wenigstens auf den Erlös zu sichern, wenn es ihm nicht durch Bescheinigung der Eigenthumsrechte gelingt, die Pfandsache in natura zu erhalten. Unterläßt er diesen Widerspruch aus Nachlässigkeit, so hat er die Folgen unbedenklich zu tragen; — **vigilantibus jura scripta sunt** —; unterläßt er ihn aber ohne seine Schuld, dann ist sicherlich der Exequende Schuld, der ihn von der Pfändung nicht benachrichtigt hat. Das Verschulden des Exequenden aber kann nicht dem Gläubiger Nachtheil bringen, sondern fällt mit Recht auf den Intervenienten zurück. Denn diesem hat der Intervenient die Sache anvertraut, oft genug in voller Kenntniß der Vermögenslage des Schuldners und der Möglichkeit, im Interventionsprozesse verwickelt zu werden. Insoweit kann man den Rechtsgedanken gelten lassen: da wo Du Deinen Glauben gelassen, sollst Du ihn wieder holen.

Aus der Praxis.

1. In einem Beschlusse der Civilkammer des Königlichen Landgerichts Frankenthal heißt es:

In Erwägung, daß bei der Einfachheit des Streitgegenstandes, wie schon mit Recht in dem angefochtenen Beschlusse des Amtsgerichts hervorgehoben, die Zuziehung eines Anwaltes überhaupt und insbesondere eines auswärtigen nicht nothwendig war, zumal ja in Ludwigshafen a. Rh. selbst — abgesehen von einem Rechtsanwalt — eine genügende Anzahl von Geschäftsagenten, die zur Vertretung beim dortigen königlichen Amtsgerichte zugelassen sind, vorhanden ist; — daß daher die Streichung der Reisekosten in der Kostenberechnung des klägerischen Anwaltes als gerechtfertigt erscheinen muß.

2. In einer Privatklagsache vor dem Königlichen Schöffengerichte zu Dresden vertrat Anwalt Tr. die beiden wegen Beleidigung Angeklagten. Nachdem dieselben in I. Instanz freigesprochen worden waren, legte der Privatkläger Berufung ein; dieselbe wurde verworfen und Privatkläger verurtheilt, die Kosten des Rechtsmittels zu tragen. Auch die gegen das zweitinstanzliche Urtheil vom Privatkläger eingelegte Revision wurde vom Königlichen Oberlandesgericht zu Dresden verworfen, Privatkläger sollte auch die Kosten dieses Rechtsmittels tragen. Obwohl nun die Entscheidung über den Kostenpunkt seitens des Revisionsklägers nicht angegriffen worden war, fand es das Königliche Oberlandesgericht zu Dresden doch für angezeigt, hierüber folgende Verfügung in den „Entscheidungsgründen" zu treffen:

> „Die gänzliche Erfolglosigkeit des angewendeten Rechtsmittels mußte nach § 505 der St. P. O. auch die Verurtheilung des Privatklägers zu Tragung der durch sein Rechtsmittel verursachten Kosten zur Folge haben.
>
> Zu Vermeidung einer künftigen rechtsirrthümlichen Auslegung des Bl. zu lesenden, Bl. nicht weiter begründeten Ausspruchs des Berufungsgerichts, daß der Privatkläger die Kosten des Rechtsmittels (der Be-

rufung) zu tragen schuldig sei, möge an dieser Stelle hervorgehoben werden, daß aus den in den

Annalen des Oberlandesgerichts Bd. V. S. 299, Bd. VI. S. 291

entwickelten Gründen jener Ausspruch keineswegs die Verpflichtung des Privatklägers, die den Angeklagten in der Berufungsinstanz erwachsenen nothwendigen Auslagen zu erstatten, in sich begreifen darf und kann."

In Folge dieser Anordnung sahen sich nun die Gerichte I. und II. Instanz genöthigt, die den Angeklagten in II. und III. Instanz erwachsenen Anwaltskosten, als nicht vom Privatkläger zu erstatten, zu streichen.

Da dem Anwalt die vom Königlichen Oberlandesgericht zu Dresden vertretene Ansicht unhaltbar erschien und unvereinbar mit der bisher wohl überall gleichmäßig gehandhabten Frage der Kostenerstattung in den Rechtsmittelinstanzen, da aber die diesbezüglichen Entscheidungen des mehrerwähnten Gerichtshofes unanfechtbar sind, so hat der Anwalt sich an das Reichskanzleramt bezw. Reichsjustizamt gewendet und um Abhülfe wegen der das Publikum wie den Anwaltstand schädigenden Auslegung auf gesetzgeberischem Wege gebeten. Hierauf hatte er die Genugthuung, folgende Antwort zu erhalten:

„Reichsjustizamt. Berlin, den 19. April 1888.

Indem ich Ihnen die Anlagen Ihrer an das Reichskanzleramt gerichteten Petition vom 27. März d. J., betreffend Abänderung des § 503 der Strafprozeßordnung, anbei zurücksende, bemerke ich ergebenst, daß die bisherige, soviel mir bekannt anderwärts nicht getheilte, Rechtsauffassung des Königlichen Oberlandesgerichts zu Dresden, der zu Folge der § 503 sich nur auf die in I. Instanz erwachsenen Auslagen beziehen soll, keinen genügenden Grund zu einem gesetzgeberischen Einschreiten bieten dürfte, daß jedoch die kundgegebenen Zweifel über die Auslegung der fraglichen Gesetzesstelle bei einer etwaigen demnächstigen Revision der Strafprozeßordnung zu beachten sein werden.

Der Staatssekretär
v. Schelling."

Ein Mittel zur Zeitersparung.

Von A. Westrum, Rechtsanwalt am Königlichen Oberlandesgericht Celle.

Angesichts der vielen, auch noch jüngst in dieser Zeitschrift laut gewordenen und gewiß berechtigten Klagen über die großen Zeitverluste, welche wir Anwälte durch das Warten auf den Beginn der Termine erleiden, dürfte es auch weitere Kreise interessiren, ein seit Jahren beim Königlichen Oberlandesgericht Celle angewendetes und bewährtes Mittel, welches diese Verluste auf ein thunlichst geringes Maß zurückführt, kennen zu lernen. Auch bei diesem Gerichte werden die Termine sämmtlich auf dieselbe Anfangsstunde anberaumt bezw. eine besondere Stunde des Beginns überall nicht hinzugefügt, und dann 10 Uhr als der Anfangspunkt der Sitzung ohne Weiteres angesehen. Während nun früher alle überhaupt an der betreffenden Sitzung betheiligten Anwälte sich um 10 Uhr einfanden, und oft bis 2, ja 3 Uhr vergeblich warten mußten, setzen jetzt die Anwälte unter sich zuvor die Reihenfolge fest, in welcher — unter geneigter Connivenz der Herren Präsidenten — die verschiedenen Sachen verhandelt werden. Zu diesem Zwecke hat einer der Herren Kollegen es übernommen, zunächst immer einige Tage im Voraus ein Verzeichniß der auf jeden einzelnen Sitzungstag anstehenden Sachen aus dem Terminskalender des Gerichts zu extrahiren und durch einen, dafür von sämmtlichen Kollegen remunerirten Schreiber den betreffenden Anwälten vorlegen zu lassen. Diese bemerken dann kurz auf dem Verzeichniß, welche Sachen etwa ausfallen, in welchen nur Voranträge ꝛc. zu stellen sind, und wie lange die Hauptverhandlungen voraussichtlich dauern. Auch werden ab und an besonders motivirte Wünsche in Bezug auf die Reihenfolge der Sachen beigefügt, z. B. der, eine Sache an's Ende zu setzen, weil man zuvor im Strafsenat beschäftigt sei, oder voranzusetzen, weil man Mittags verreisen müsse, oder eine eilbedürftige Sache wenigstens so zu placiren, daß keine Gefahr vorliegt, sie am Schlusse der Sitzung wegen überfüllter Tagesordnung verlegt zu sehen. Unter Berücksichtigung dieser Wünsche und, wenn solche, wie regelmäßig, nicht geäußert sind, nach eigenem besten Ermessen setzt dann der dieses Amts waltende Kollege die Reihenfolge der Sachen fest. Dabei wird vor allen Dingen versucht — eine nicht immer leichte, aber doch meist glückende Aufgabe —, die Sachen so zu ordnen, daß die Termine jedes überhaupt betheiligten Kollegen aneinander anschließen oder doch nur durch kurze Pausen getrennt sind. Ferner werden prinzipiell die kleineren Sachen den größeren, und die mit weniger Terminen betheiligten Kollegen den stärker beschäftigten vorangestellt. Es hat das seinen guten Grund. Wenn z. B. jemand von sechs Terminen bei dreien betheiligt ist, so sprechen ohnehin 50 Prozent Wahrscheinlichkeit dafür, daß er bis zum Schlusse der Sitzung bleiben muß, während jemand, der nur einen einzigen Termin wahrzunehmen hat, dies nicht so leicht zu befürchten braucht. Sodann haben die kleineren Sachen insofern einen Anspruch auf den Vorrang, als die Taxate nicht immer genau zutreffen, vielmehr regelmäßig etwas zu niedrig gegriffen sind, wie ja denn auch zu hohe Taxate die Gefahr mit sich führen würden, daß das Gericht warten müßte. Die Ueberschreitungen des Taxats sind nun naturgemäß proportionell der Größe der Sache. Bei einer Sache von 10 Minuten wird man sich nicht um eine Stunde irren, wohl aber leicht bei einer Sache, die auf mehrere Stunden ohnehin taxirt ist. Werden daher die kleineren Sachen vorangestellt, so werden die nachstehenden größeren Termine unter einem falschen Taxate weniger zu leiden haben, als die kleineren Sachen, wenn sie hinter den größeren ständen, und es werden bei der getroffenen Einrichtung mehr Anwälte rechtzeitig und früh, z. B. auch zum Mittagessen rechtzeitig, vom Gerichte zurück sein, als wenn man erst die größeren Termine und nachher alle kleineren erledigte.

Selbstverständlich werden nicht alle drei leitenden Gesichtspunkte — Folge der Sachen jedes Anwalts, Vorrang der kürzeren Termine, und Nachstehen der mit einer größeren Anzahl von Sachen betheiligten Anwälte — berücksichtigt werden können; aber sie alle drei bieten jedenfalls Anhaltspunkte für die Festsetzung der Tagesordnung, und ist es nicht möglich, ihnen allen dreien gerecht zu werden, weil sie — jeder für sich allein — zu

verschiedenen Resultaten führen, so sucht man wenigstens so viel zu erreichen, daß die Sachen der einzelnen Anwälte auf einander ohne Unterbrechung folgen. Wird doch jemand, der z. B. eine kleine und eine große Sache hat, anstatt auf den Vorrang der kleineren Sache zu pochen und diese um 10½, die größere aber um 1½ Uhr zu verhandeln, lieber mit beiden um 1 Uhr beginnen.

Die nach diesen Prinzipien entworfene Tagesordnung zirkulirt dann zur Genehmigung. Meistentheils wird sie anstandslos genehmigt, bisweilen kommt es noch auf Grund von Reklamationen zu einer Abänderung, und nur ganz selten — bei zu sehr widerstreitenden Interessen — kommt es zu keiner Einigung und entscheiden dann die Herren Präsidenten, welche sonst, wie schon bemerkt, so liebenswürdig sind, die vereinbarte Tagesordnung gelten zu lassen. Aber, wie gesagt, es ist ein sehr seltener Fall, daß sie bezw. der Gerichtshof zu interveniren haben. Ist doch ein jeder zu sehr von dem Segen der vorstehend geschilderten Einrichtung überzeugt, welche ihm gestattet, oft, wenn nach der festgesetzten Reihenfolge ihm 1, 2, 3 Stunden vorgehen, noch ruhig bis 11, 12, 1 Uhr zu Hause zu arbeiten, anstatt um 10 Uhr zum Gerichte zu gehen und welche, gering gerechnet, die in den Gerichtsräumen nutzlos zugebrachte Zeit um die Hälfte verkürzt.

Vom Reichsgericht.*)

Wir berichten über die weiter vom 21. April bis 30. April 1888 ausgefertigten Erkenntnisse.

I. **Die Reichsjustizgesetze.**

Zur Civilprozeßordnung.

1. Es handelt sich um die vom O. L. G. vorgenommene Werthfestsetzung, wobei feststeht, daß die klagend und widerklagend geforderten Geldbeträge zusammen 472,08 Mark ausmachen, und daß die während des Prozesses dem Bekl. außergerichtlich abverlangten 148,50 Mark jedenfalls noch hinzu zu rechnen sind. Schon die sich hiernach ergebende Summe von 620,58 Mark für sich allein würde auf die vom O. L. G. angenommene Werthklasse von 450 bis 650 Mark führen, und der Beschwerdeführer verlangt nun, daß wegen der mit der Widerklage beantragten Feststellung der Ungültigkeit des zwischen den Parteien abgeschlossenen, in der Klage erwähnten Versicherungsvertrages eine höhere Werthklasse, insbesondere die von 900 bis 1200 Mark reichende, angenommen werde. Es kommt also darauf an, welche weiteren Ansprüche etwa noch, abgesehen von den erwähnten 620,58 Mark, aus diesem Vertrage unter Voraussetzung der Gültigkeit desselben von der Kl. gegen den Bekl. mit Erfolg hätten erhoben werden können. Zunächst kommt hier in Betracht der auf den Bekl. fallende Antheil an den etwa für die Zeit nach dem Schlusse des Jahres 1886 noch entstehenden Liquidationskosten. In dieser Beziehung steht der angefochtene Beschluß auf dem Standpunkte, daß voraussichtlich dieser Antheil nicht mehr als 650 Mark weniger 620,58 Mark, also als 29,42 Mark, würde betragen haben, und dieser Annahme war aus dem vom O. L. G. gegebenen Gründen, gegen welche auch in der gegen den Beschluß vom 7. März 1888 gerichteten Beschwerdeschrift Nichts vorgebracht worden ist, beizutreten. Die Ausführungen des Beschwerdeführers haben sich ausschließlich bezogen auf den anderen noch in Frage stehenden Punkt, nämlich ob die während des Prozesses dem Bekl. außergerichtlich weiter abverlangten 14,90 Mark Aufschlag für Postauftrag und 297 Mark Konventionalstrafe hinzugerechnet werden müßten. Das O. L. G. hat dies aus dem Grunde verneint, weil nach § 11 in Verbindung mit § 9 des G. K. G. verglichen mit § 4 der C. P. O. der Werth des Streitgegenstandes der Widerklage nach Maßgabe der Sachlage zur Zeit der Erhebung der Widerklage zu berechnen sei, und weil mithin solche Erweiterungen der Vertragspflichten des Bekl., welche nur unter Voraussetzung eines späteren Verzuges desselben eingetreten sein würden, nicht in Betracht gezogen werden dürfen. Mit Unrecht hat demgegenüber der Beschwerdeführer die Bedenken geltend gemacht, welche einer unbeschränkten wörtlichen Anwendung der fraglichen Bestimmung des § 4 der C. P. O. auf die zum Zwecke der Gebührenberechnung vorzunehmende Werthfestsetzung in der Richtung entgegenstehen, daß doch nicht einer nachträglichen Minderung oder Erhöhung des Objektes jeder Einfluß auf die Gebührenberechnung versagt sein könne. Um eine Veränderung des Streitgegenstandes selbst handelt es sich jetzt gar nicht, sondern nur um Vorkommnisse, welche nachträglich ein neues Licht auf den Werth des unverändert gebliebenen Streitgegenstandes werfen. Andererseits war dem Beschwerdeführer darin Recht zu geben, daß die Frage, welcher Werth für die Parteien der Gültigkeit oder Ungültigkeit eines gewissen Vertrages zur Zeit der Klagerhebung beiwohnt, sich nicht ausschließlich darnach entscheidet, welche Ansprüche aus dem Vertrage in diesem Zeitpunkte unter Voraussetzung der Gültigkeit des Vertrages schon entstanden sein würden. Der Richter hat vielmehr hier, wie in anderen Fällen, nach § 9 des G. K. G. verglichen mit § 3 der C. P. O. sein freies Ermessen walten zu lassen, und zwar hier auch dahin, welche Ansprüche aus dem Vertrage unter Voraussetzung der Gültigkeit desselben zur Zeit der Klagerhebung als wahrscheinlich noch zur Entstehung kommend vorausgesehen werden konnten. Aber auch von diesem Standpunkte aus gelangte man zu keinem abweichenden Ergebnisse. Wird näher ausgeführt. VI. C. S. i. S. Union c. Zetsche vom 7. April 1888, B. Nr. 44/88 VI.

2. Das R. G. hat bereits früher (R. G.-Entscheidungen Bd. 13 S. 379 Urtheil des III. C. S. vom 15. Mai 1885) Stellung zu der Frage genommen, ob, wenn der Schwurpflichtige, nachdem ihm rechtskräftig ein richterlicher Eid durch bedingtes Endurtheil auferlegt worden ist, verstirbt, die neue Verhandlung im Sinne der §§ 251, 256 der C. P. O. auf den ganzen Prozeßstoff oder nur auf die Beweisführung hinsichtlich der durch den Eid zu beweisenden Thatsachen sich bezieht. Die letztere Alternative wird wiederholt für richtig erklärt. IV. C. S. i. S. Reincke c. Frentzel vom 11. April 1888, Nr. 392/87 IV.

3. Der Kl. rügt, daß der B. R. ohne nochmalige Vernehmung der in I. J. vernommenen Zeugen lediglich auf Grund der Zeugenprotokolle den klägerischen Beweis für vollständig erbracht angesehen habe, den der I. R., vor welchem die Zeugen ihre Aussagen erstattet haben, nicht für ausreichend gehalten habe. Er meint, daß das vom B. R. hierbei einge-

*) Nachdruck ohne Angabe der Quelle verboten.

schlagene Verfahren im direkten Widerspruch mit dem dasselbe beherrschenden Prinzip der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit stehe, wie solches für das Beweisstadium durch den § 320 der C. P. O. sanktionirt und durch den § 340 nur für wenige, genau bestimmte Ausnahmefälle beschränkt werde. Der Rkl. übersieht hiebei jedoch, daß das Prinzip der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit das Prozeßverfahren nur insoweit schlechthin beherrscht, als dasselbe die Parteiverhandlung über den Rechtsstreit betrifft (§ 119), und daß, wenn auch die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte erfolgen soll (§ 320), dies doch eben nur die Regel bildet, welche keineswegs schlechthin durchführbar und darum vom Gesetz selbst mehrfach und zwar nicht bloß durch den § 340 beschränkt ist (cf. § 328 flg.). Eine solche Beschränkung bringt namentlich der § 363 in Verbindung mit § 485 und 488 mit sich. Aus diesem ergiebt sich, daß es lediglich in das Ermessen des B. R. gestellt ist, ob er die nochmalige Vernehmung der schon in I. J. vernommenen Zeugen anordnen will oder ob er den unter seiner Kontrole zu bewirkenden Vortrag der Parteien über die erstinstanzlichen Beweisverhandlungen zur Prüfung der Richtigkeit der erstinstanzlichen Beweisannahmen für genügend erachtet. Indem der B. R. von diesem seinem Ermessen vorliegenden Falls Gebrauch gemacht hat, hat er gegen das Prozeßgesetz nicht verstoßen. III. C. S. i. S. Gentsch c. Gentsch vom 6. April 1888, Nr. 3/88 III.

4. Die C. P. O. bestimmt im § 764: „Der widersprechende Gläubiger muß ohne vorherige Aufforderung binnen einer Frist von einem Monate, welche mit dem Terminstage beginnt, dem Gerichte nachweisen, daß er gegen die betheiligten Gläubiger Klage erhoben habe. Nach fruchtlosem Ablaufe dieser Frist wird die Ausführung des Plans ohne Rücksicht auf den Widerspruch angeordnet. Die Befugniß des Gläubigers welcher dem Plane widersprochen hat, ein besseres Recht gegen den Gläubiger, welcher einen Geldbetrag nach dem Plane erhalten hat, im Wege der Klage geltend zu machen, wird durch die Versäumung der Frist und durch die Ausführung des Plans nicht ausgeschlossen." Nach § 765 a. a. O. ist die Klage bei dem Vertheilungsgericht und, wenn der Streitgegenstand zur Zuständigkeit der Amtsgerichte nicht gehört, bei dem L. G. zu erheben, in dessen Bezirk das Vertheilungsgericht seinen Sitz hat. Das L. G. ist für sämmtliche Klagen zuständig, wenn seine Zuständigkeit nach dem Inhalt der erhobenen und im Termine nicht zur Erledigung gelangten Widersprüche auch nur in Betreff einer Klage begründet ist, sofern nicht sämmtliche betheiligte Gläubiger vereinbaren, daß das Vertheilungsgericht über alle Widersprüche entscheiden solle. — Der Wortlaut dieser Vorschrift läßt zwar die Deutung zu, daß das Vertheilungsgericht, beziehungsweise das ihm vorgesetzte L. G. für alle in dem § 764 Abs. 1 und 2 erwähnte Klagen zuständig sein soll. Indeß, der Sinn des Gesetzes ergiebt klar, daß die im zweiten Abs. ausdrücklich gestatteten Kondiktionen nicht unter die Vorschrift des § 765 fallen. Die Richtigkeit dieses Satzes wird mit Ausnahme von Endemann (C. P. O. Bd. 3 S. 295) von keinem der Kommentatoren angezweifelt. In der Praxis hat das R. G. insofern zu der Frage Stellung genommen, als es im Urtheil vom 1. Oktober 1884, V. 176/84 (mitgetheilt in Gruchot's Beiträgen Bd. 29 S. 121) ausspricht, daß der § 765 der C. P. O. ein noch schwebendes, nicht aber ein in jeder Beziehung beendetes Verfahren zu seiner Anwendung voraussetzt. Auch der B. R. steht im Allgemeinen auf diesem Rechtsstandpunkt, meint aber, daß die Versäumung der im § 764 Abs. 1 vorgesehenen Frist seitens des widersprechenden Gläubigers nur dann auf die Zuständigkeit von Einfluß sei, wenn das Vertheilungsverfahren durch Ausführung des Vertheilungsplans sein Ende erreicht habe. Er hält das L. G. zu P. für kompetent, weil, wenngleich der Kl. erst nach Ablauf der Frist die Klage angestellt habe, doch die Ausführung des Plans bisher noch nicht bewirkt sei. Dieser Ausführung kann indeß nicht beigetreten werden. Bei Erlaß der Vorschrift des § 765 der C. P. O. sind zwei Gesichtspunkte maßgebend gewesen: 1. hinsichts des Gerichtsstandes der Zusammenhang des Rechtsstreits mit der Zwangsvollstreckung; 2. hinsichts der sachlichen Zuständigkeit die Rücksichtnahme auf Vermeidung einer Zersplitterung der Streitigkeiten. Vergleiche Begründung S. 440; Hahn, Materialien I, S. 464. — Der Gerichtsstand beruht hier, wie Wach (Handbuch des Deutschen Civil-Prozesses Bd. 1 S. 491) zutreffend bemerkt, sowohl auf dem sachlichen Zusammenhang, wie auf der Zwangsbereitschaft, welche für Streitsachen vorliegender Art von der Praxis unmittelbar in Anspruch genommen wird. Von einem rechtlichen Zusammenhang des Prozesses mit dem Vertheilungsverfahren kann aber nur so lange gesprochen werden, als der erstere das letztere nach Vorschrift des Gesetzes zu beeinflussen geeignet ist. Dies ist jedoch nur dann der Fall, wenn der Nachweis der Erhebung der Klage vom widersprechenden Gläubiger innerhalb der Frist von einem Monate geführt wird. Wie das Wörtchen „muß" im § 764 Abs. 1 der C. P. O. ergiebt, hat die Bestimmung einen zwingenden Charakter, und kann die Frist vom Richter nicht beliebig erstreckt werden. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist hat er vielmehr, unbekümmert um den Widerspruch, die Ausführung des Plans anzuordnen und kann, wenn er dieser seiner Pflicht nicht nachkommt, von den vorgesetzten Instanzen auf Beschwerde der betreffenden Partei jeder Zeit dazu angehalten werden. Thatsächlich geht freilich das Vertheilungsverfahren erst durch die Ausführung des Plans zu Ende; aber der rechtliche Zusammenhang zwischen demselben und dem Rechtsstreit der Gläubiger, der sich in ihm entwickelt hatte, hört auf, sobald die erwähnte Frist versäumt ist. Dies ergiebt auch der Wortlaut des Abs. 2 in § 764 der C. P. O. worin die Versäumung der Frist und die Ausführung des Vertheilungsplans einander völlig gleichgestellt werden. Hätte der Gesetzgeber nur die Kondiktion nach Beendigung des Verfahrens im Auge gehabt, so bedurfte die Versäumung der Frist im Abs. 2 nicht blos keiner Erwähnung, sondern es war auch das Wörtchen „muß" in Abs. 1 durch „soll" zu ersetzen, um dadurch kenntlich zu machen, daß es sich nur um eine instruktionelle Vorschrift handele. Auch die Entstehungsgeschichte des § 764 Abs. 2 bestätigt die Richtigkeit der obigen Ausführung. Im ersten Entwurf fand sich diese Vorschrift noch nicht; der § 765 (damals § 686) folgte vielmehr unmittelbar dem § 764 Abs. 1 (damals § 685). Erst die Vorkommission schaltete den § 764 Abs. 2 ein, lediglich von der Absicht geleitet, damit kenntlich zu machen, daß das materielle Recht des Gläubigers von der versäumten Frist und der Ausführung des Plans nicht berührt werde, und diese keine weiteren Rechtsnachtheile, als Nicht-

berücksichtigung des Widerspruchs im Vertheilungsverfahren nach sich ziehen solle. Fern lag dabei der Gedanke, im Uebrigen die Bestimmungen des Entwurfs zu ändern. V. C. S. i. S. Pflag c. Schulze vom 7. April 1888, Nr. 36/88 V.

II. Das Handelsrecht.

5. Nach richtigem Verständnisse der Bestimmungen des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches hat eine Verlegung der Handelsniederlassung von einem Orte nach einem anderen nicht das Erlöschen der Firma zur Folge. Deswegen ist auch das Recht des Firmeninhabers dieselbe an dem neuen Handelsniederlassungsorte zu führen, nicht den Beschränkungen des Art. 16 des Allgemeinen Deutsch. H. G. B. zu unterwerfen, wenn sie früher von denselben befreit war. Daß der Gesetzeszweck des Art. 20 des Allgemeinen Deutsch. H. G. B., dessen Geltung auch im Falle von Verlegungen der Handelsniederlassung bedingen mag, führt in dem vorliegenden Falle, (in welchem die Voraussetzungen zur Anwendung letzteren Artikels nicht vorgelegen haben) nicht zur Erörterung der in Fällen seiner Anwendung mittelbar für das Waarenzeichenrecht eintretenden Folgen. Aus der Bestimmung des § 27 der Instruktion des Königlich Preußischen Justizministers vom 12. Dezember 1861, betreffend die Führung des Handelsregisters ergiebt sich, daß nach derselben eine Löschung der Firma im Handelsregister bei einer Aenderung des Ortes der Niederlassung nicht erfolgen soll; daß vielmehr selbst dann, wenn die Niederlassung nach einem Orte außerhalb des Bezirks des das Handelsregister an dem früheren Niederlassungsorte belegenen Gerichts verlegt wird, nur diese Thatsache in der sechsten Kolonne des Firmenregisters zu vermerken und in Bezug auf die weitere Führung des letzteren als erloschen anzusehen ist, d. h., daß in dem bei dem Orte der früheren Niederlassung geführten Handelsregister keine weiteren Eintragungen in Bezug auf die Firma gemacht werden sollen. Die ferneren (an dem neuen, außerhalb des Bezirks der früheren Registerbehörde belegenen Niederlassungsorte, an welchem das Geschäft unter der bisherigen Firma fortgeführt wird,) in Bezug auf die Firmenverhältnisse nothwendigen Vermerke werden in das von dem zuständigen Gerichte dieses neuen Niederlassungsortes geführte Handelsregister (in dessen mit dem Namen „Firmen-Register" bezeichneten Abtheilung) eingetragen. — Das Gesetz über Markenschutz selbst geht (ersichtlich) von der Auffassung aus, daß im Falle der Verlegung der Hauptniederlassung eine Löschung der Firma im Handelsregister, welche das Erlöschen des Waarenzeichenrechts bewirkt, nicht eintrete. Eingehend begründet I. C. S. i. S. Slomann c. Gebr. Wolfgang vom 24. März 1888, Nr. 41/88 I.

6. In den reichsgerichtlichen Entscheidungen (Entsch. Bd. 7 S. 279 und Rhein. Archiv Bd. 7 S. 139) ist des näheren ausgeführt, daß nach Art. 65 Abs. 1 des genannten E. G. das materielle Firmenrecht des Deutschen H. G. B. auch die älteren bereits vorhandenen Firmen beherrsche, soweit nicht durch Abs. 2 des Art. 65 cit. bezüglich der Art. 16—18, 20 und 21 Abs. 2 desselben eine Ausnahme gemacht worden sei, daß innerhalb des Gebiets dieser Ausnahme aber für die Frage der Rechtsbeständigkeit jener Firmen die Grundsätze des früheren Rechts als fortdauernd maßgebend anzusehen, namentlich auch der vorschriftsmäßigen Eintragung derselben nach der Absicht des Gesetzgebers nicht die Wirkung beizulegen sei, daß dieselben dadurch als zu Recht bestehend sanctionirt sein sollten. Dies wird festgehalten und dann gesagt: Das Preußische Einführungsgesetz zum Deutschen H. G. B. vom 24. Juni 1861, welches in seinen Uebergangsbestimmungen den Rechtszustand der bereits bestehenden Firmen regelt, hat dieselben zunächst — Art. 62 und 63 — den Vorschriften des letzteren über die Anmeldung und Eintragung in das Handelsregister unterworfen, und sodann in Art. 65 Abs. 1 namentlich mit Rücksicht darauf, „daß — Motive pag. 84 — wegen der Unvollständigkeit der bisherigen Gesetzgebung und des Mangels einer durchgreifenden Regelung des Firmenwesens Prinziplosigkeit und Verwirrung in dieser Materie herrsche, welche den bestehenden Zustand als unhaltbar, und gerade in Ansehung der vorhandenen Firmen die schon längst angestrebte Abhülfe als dringend geboten erscheinen lasse, wobei im Interesse des Verkehrs Gleichförmigkeit unerläßlich sei", auch das materielle Firmenrecht des H. G. B. auf dieselben anwendbar erklärt. Von dem Grundsatze des Art. 65 Abs. 1 cit. der den bezüglichen Vorschriften desselben rückwirkende Kraft beilegt, ist dann in dem zweiten Absatze eine Ausnahme gemacht, indem dieser bestimmt, daß die Vorschriften der Art. 16—18, 20 und 21 Abs. 1 leg. cit. auf die innerhalb der Frist des Art. 64 eingetragenen Firmen außer Geltung bleiben sollen. Wie in den Motiven loc. cit. und den Berichten der Kommissionen der legislativen Körperschaften — Abgeordnetenhaus pag. 35, Herrenhaus pag. 25 — hervorgehoben ist, wollte der Gesetzgeber Härten und Nachtheile, welche die Anwendung jener Bestimmungen auf die älteren Verhältnisse im Gefolge haben werde, begegnen, und wohlerworbenen Firmenrechten, die dadurch in Gefahr gesetzt würden, den erforderlichen Schutz gewähren. Nach Wortlaut und Absicht des Gesetzes kann es daher nicht zweifelhaft sein, daß die Ausnahme des Art. 65 Abs. 2 cit. auf die speziell bezeichneten Vorschriften des Handelsgesetzbuchs, welche den Grundsatz der Wahrheit und Unterscheidbarkeit der Firmen zum Gegenstande haben, sich beschränkt und darüber hinaus nicht auszudehnen ist. Das H. G. B. hat aber das Erforderniß der Wahrheit nur für die ursprüngliche Firma aufgestellt — Art. 16—18 — bei der übertragenen Firma dagegen von demselben abgesehen, indem durch Art. 22 und 24 desselben in Fällen des gänzlichen oder theilweisen Wechsels der Geschäftsinhaberschaft die Fortführung der bisherigen Firma unter den dort angegebenen Voraussetzungen für zulässig erklärt worden ist. In Art. 65 Abs. 2 cit. des E. G. sind dann auch unter die Bestimmungen, deren Anwendung auf die älteren Firmen er ausschließt, die Art. 22 und 24 leg. cit. nicht aufgenommen und konnten auch nach dem legislatorischen Grunde, auf welchem er beruht, letztere nicht ausgeschlossen werden. Deren Anwendbarkeit tritt also kraft der Regel des Art. 65 loc. cit. ein, und wenn klägerischerseits versucht worden ist, dieser Vorschrift eine beschränkende Auslegung dahin zu geben, daß sie nur die unter Herrschaft des Handelsgesetzbuches fallenden rechtlichen Vorgänge treffe, so bedarf das nach dem Ausgeführten keiner Widerlegung. In den früheren Urtheilen des R. G., auf welche das O. L. G. sich bezieht, ist auch nur angenommen,

daß, soweit der Kreis der Ausnahmebestimmungen des Art. 65 Abs. 2 cit. reiche, für die Frage der Rechtsbeständigkeit der älteren Firmen das Rheinische Recht maßgebend sei, und zugleich wiederholt ausgesprochen, daß außerhalb dieses Kreises die Regel des Art. 65 Abs. 1 auch jene Firmen beherrsche. II. C. S. i. S. Esser c. Farina vom 6. April 1888, Nr. 8/88 II.

7. Die Rev. führt aus: zu den übrigen auf dem Schiff angestellten Personen des H. G. B. Art. 445 seien nur die dauernd Angestellten zu rechnen. Die Rkl. glaubt, daß dies einmal dem gemeinen Sprachgebrauch entspreche, sodann aber ergebe es sich aus § 3 der Seemannsordnung. Wenn hier den auf einem Schiff als Maschinisten, Aufwärter oder in anderer Eigenschaft Angestellten dieselben Rechte und Pflichten zugesprochen seien, welche in Ansehung der Schiffsmannschaft festgesetzt seien, so sei dies unmöglich anzunehmen für die nur vorübergehend auf dem Schiffe beschäftigten Hülfspersonen, wie jene englischen Schauerleute. Es kann indessen der Rkl. nicht zugegeben werden, daß von dem im § 3 cit. normirten inneren Verhältnisse zurückgeschlossen werden darf auf das Verhältniß nach Außen und zu Dritten. Es könnte sehr wohl sein, daß die Gesetzgebung die nur zeitweitig auf dem Schiffe beschäftigten Personen der Disziplinargewalt u. s. w. nicht in gleicher Weise hat unterwerfen wollen wie die dauernd Angestellten. Es könnte auch sein, daß sie in Beziehung auf dieses innere Verhältniß zu den auf dem Schiffe „in anderer Eigenschaft“ Angestellten nur die dauernd mit einer bestimmten Funktion Bekleideten verstanden hat. Und es würde daraus doch nichts dafür folgen, daß der Gesetzgeber bei der Normirung der Schadensersatzpflicht des Rheders in seinem Verhältniß zu drittem Personen von gleichen Unterscheidungen ausgegangen sei, daß er namentlich auch hier unter den auf dem Schiffe angestellten Personen nur die in dauerndem Dienstverhältniß Angestellten verstanden hätte. Es kann auch der Rkl. nicht zugegeben werden, daß nach gemeinem juristischen Sprachgebrauch die Anstellung in diesem Zusammenhange auf ein dauerndes Verhältniß ginge. Dies ist hier so wenig angezeigt wie in H. G. B. Art. 50 oder bei dem préposé des c. c. Art. 1384. Der innere Grund der Bestimmung spricht aber entschieden gegen die Rkl. Der Gesetzgebung hat es angemessen erschienen, daß der Rheder, welcher das Seeschiff hinaussendet, das ja nur, geleitet von Menschenhand, seine Funktionen erfüllen kann, da er den Vortheil aus diesem Gewerbebetriebe hat, nun auch für die Nachtheile, welche Dritten aus dieser Inbetriebsetzung einer so großen und gefährlichen Maschine entstehen, wenigstens mit dem Schiffe selbst und der Fracht haftet. Soweit soll er einstehen für den Schaden, welchen eine auf dem Schiffe thätige Person in Ausführung ihrer Dienstverrichtungen einem Dritten durch ihr Verschulden zufügt, sofern nur diese Person von dem Rheder selbst oder seinem Vertreter auf dem Schiffe zur Vornahme von Dienstverrichtungen angestellt ist. Das muß von Personen, welche zeitweilig, auch nur ganz vorübergehend angestellt sind, gerade so gelten, wie von dauernd Angestellten. Die Rkl. hat sich auch selbst eingeworfen, daß ja die Haftung des Rheders für den freiwilligen Lootsen in keinem Falle ausgeschlossen sein könne. Sie sucht das mittelst argumentum a contrario aus Art. 740 cit. abzuleiten. Weit einfacher ist die Ableitung, daß der freiwillige Lootse eben auch zu den auf dem Schiffe, wenngleich nur vorübergehend, angestellten Personen, zur Schiffsbesatzung gehört. Was von ihm gilt, muß auch von anderen vorübergehend auf dem Schiffe angestellten Personen gelten. I. C. S. i. S. Hamb. Amerik. Packetschifffahrt-A.-G. c. Köln vom 14. April 1888, Nr. 44/88 I.

III. Sonstige Reichsgesetze.

Zum Markenschutzgesetz.

8. Aus der Bestimmung des § 12 des Mark. Sch. G. in Verbindung mit dem Inhalte des § 5 geht (wie solches bereits in den Motiven zu den in der Fassung mit den gleichbezifferten Gesetzesstellen völlig übereinstimmenden §§ 5 und 12 des dem Reichstage durch Anschreiben des Reichskanzlers vom 29. Oktober 1884 im Namen des Kaisers vorgelegten, von dem Bundesrathe beschlossenen „Entwurfes eines Gesetzes über Markenschutz“ zutreffend hervorgehoben worden ist) hervor, daß die Löschung eines eingetragenen Zeichens im Handelsregister das durch die Anmeldung für den Inhaber der berechtigten Firma wohlerworbene Markenschutzrecht nicht tilgt, sondern lediglich dazu bestimmt ist, das in Folge des Eintritts anderweiter, nach dem Gesetzeswillen das Erlöschen jenes Rechts erzeugender Voraussetzungen bereits wirklich erfolgte Erloschensein jenes Rechts formal handelregistermäßig zu beurkunden. Das durch die Anmeldung des Zeichens seitens des Firmeninhabers erworbene Recht erlischt nach der Norm des (mit dem ersten Absatze des § 5 des Mark. Sch. G. zu verknüpfenden) § 12 Nr. 1 am Schlusse mit dem (wie bereits die Motive zum Gesetzentwurfe geltend machen) im Sinne dieser Normen als ausdrücklicher Verzicht auf jenes Recht aufzufassenden Antrage auf Löschung des eingetragenen Waarenzeichens seitens des Inhabers der berechtigten Firma. Das durch die Anmeldung des Zeichens erworbene Recht erlischt ferner nach § 12 Nr. 2 des Mark. Sch. G. (in Verknüpfung mit den Gesetzesworten im zweiten Absatze unter Nr. 1 des § 5), „wenn die (in Bezug auf das eingetragene Waarenzeichen berechtigte) Firma im Handelsregister gelöscht wird“. Dann erfolgt die Löschung des eingetragenen Waarenzeichens im Handelsregister von Amtswegen. Daß die Gesetzesworte „wenn die Firma im Handelsregister gelöscht wird“, nicht (unter äußerlichem Haften am Worte) so verstanden werden dürfen, daß jede (also auch eine aus Irrthum oder Versehen im Handelsregister bewirkte) Löschung der Firma das Erlöschen des Rechts auf das Waarenzeichen herbeiführe, sondern nur eine solche Löschung, welche der wirklichen Sachlage und den richtig angewendeten Grundsätzen des Allgemeinen Deutschen H. G. B. über das Bestehen and Erlöschen des Firmenrechts, sowie den für die Führung des Handelsregisters maßgebenden Vorschriften entspricht, läßt sich entnehmen aus der Bedeutung, welche (wie bereits klargelegt worden ist) in dem Mark. Sch. G. der Eintragung und Löschung des Zeichens beigelegt wird. Unterstützt wird diese Gesetzesauslegung dadurch, daß in den Motiven zum Gesetzesentwurfe der Grund der (damals entworfenen und demnächst zur Gesetzesnorm erhobenen) Bestimmung des § 5 Abs. 2 Nr. 1 und des (damit zu verknüpfenden) Theiles der Bestimmung des § 12 Nr. 2 betont wird, daß bei dem Systeme des Entwurfes, welches den Besitz eines Zeichens unter Loslösung von der Firma nicht kenne, in der Herbeiführung der Löschung der Firma durch deren Inhaber ein konkludent

erklärter Verzicht auf das Recht an dem (nur mit der Firma koexistenten, unter ihr eingetragenen) Zeichen gefunden sei. I. C. S. i. S. Schlomann c. Gebr. Wolfgang vom 24. März 1888, Nr. 41/88 I.

Zur Seemannsordnung.

9. Der § 62 der Seemannsordnung, welcher die dem Schiffsmann in § 61 unter 3 ertheilte Befugniß, seine Entlassung zu fordern, wenn nach Beendigung der Ausreise eine Zwischenreise beschlossen oder wenn eine Zwischenreise beendigt ist und seit dem Dienstantritt zwei, resp. drei Jahre verflossen sind, für gewisse Fälle versagt, und zwar unter 1, in dem Falle, wenn der Schiffsmann für eine längere als die so eben angegebene Zeit sich verheuert hat, fügt zwar hinzu, daß die Verheuerung auf unbestimmte Zeit oder mit der allgemeinen Bestimmung, daß nach Beendigung der Ausreise der Dienst für alle Reisen, welche noch beschlossen werden möchten, fortzusetzen sei, als Verheuerung auf solche längere Zeit nicht anzusehen ist. Damit ist aber keineswegs ausgesprochen, daß ein solcher Heuervertrag im Sinne des Gesetzes nicht als zeitlich unbeschränkt, sondern als nur für zwei resp. drei Jahre geschlossen anzusehen sei. Vielmehr ist damit nur der Vertragswille bei Abschluß eines solchen Heuervertrages gesetzlich dahin interpretirt, daß auch bei einer derartigen Vereinbarung einer unbestimmten Dauer des Vertrages der Schiffsmann seinerseits doch nach Ablauf eines gewissen Zeitraums zur Fortsetzung des Vertrages nicht mehr verbunden sein solle. Es soll mithin nur ein unbedingter Vertragsabschluß auf längere Zeit als zwei, resp. drei Jahre nicht angenommen werden und dem Schiffsmann das Recht des Rücktritts vom Vertrage nach Ablauf dieses Zeitraums zustehen, während, wenn dieses Rücktrittsrecht (durch Forderung der Entlassung) nicht ausgeübt wird, der ursprüngliche Heuervertrag ohne Weiteres fortbesteht und von dem stillschweigenden Abschlusse eines inhaltlich identischen neuen Vertrages nicht die Rede sein kann. Daß der Seemannsordnung diese Auffassung zum Grunde liegt, ergiebt sich klar aus dem in § 54 ausgesprochenen Grundsatze, nach welchem der Schiffsmann, wenn im Heuervertrage nicht ein anderes bestimmt ist, die Verpflichtung hat, während der ganzen Reise, einschließlich etwaiger Zwischenreisen, bis zur Beendigung der Rückreise im Dienste zu verbleiben, in Verbindung mit den Bestimmungen der §§ 57 und 61 der Seemannsordnung, nach welchen dem Schiffer, resp. dem Schiffsmann vorher nur in gewissen genau festgesetzten Fällen ein einseitiges Rücktrittsrecht zusteht. Beendigt wird also das Vertragsverhältniß erst durch die Ausübung dieses Rücktrittsrechts. Wenn der Schiffsmann in den Fällen des § 61 der Seemannsordnung es unterläßt, seine Entlassung zu fordern, so verzichtet er damit allerdings freiwillig auf das ihm zustehende Recht, den Vertrag einseitig aufzuheben. — Eben deshalb aber dauert der Vertrag noch fort und bleibt daher das Fundament seines Anspruches der ursprüngliche Heuervertrag. Auch dadurch, daß der Schiffsmann in diesem Falle sich zugleich freiwillig des Rechts begiebt, von seiner bis dahin verdienten Heuer schon jetzt die Auszahlung eines größeren als des im § 36 der Seemannsordnung normirten Betrages zu verlangen, wird hieran Nichts geändert. Denn das Gesetz hat die Bevorzugung der Heuerforderung auch für frühere Reisen (in Art. 771 Abs. 3 des H. G. B.) ohne irgendwelche Unterscheidung, ob und wie weit die Schiffsbesatzung zu einer Erhebung der verdienten Heuer schon vor der letzten Reise berechtigt gewesen sein würde, statuirt und auf die Frage, ob zu dieser gesetzlichen Bevorzugung auch insoweit ein hinreichender gesetzgeberischer Grund vorliegt, als die Besatzung rechtlich im Stande gewesen wäre, die Auszahlung der Heuer schon früher zu erzwingen, ist daher nicht einzugehen. Ueberdies stimmen mit den Vorschriften der §§ 61 und 62 der Seemannsordnung im Ganzen und Großen schon die durch diese letztere aufgehobenen Vorschriften der Art. 539 und 540 des H. G. B. überein und es wurde gleichwohl die Bestimmung des Art. 771 des H. G. B. beliebt, indem zwar bei den Berathungen geltend gemacht wurde, jeder Gläubiger müsse zu der Annahme berechtigt sein, daß der Rheder bei der neuen Reise ein freies Schiff in See gesandt habe, es sei nicht abzusehen, weshalb einem Gläubiger wegen einer älteren Forderung noch ein Vorrecht vor einem anderen zustehen solle, wenn er es unterlassen habe, seinen Anspruch alsbald nach der betreffenden Reise geltend zu machen, und es könne insbesondere durch die große Begünstigung des Schiffsvolkes, namentlich bei großen, sich auf mehrere Jahre erstreckenden Heuerreisen der Kredit des Schiffes erheblich gefährdet werden, diese Bedenken aber nicht durchdrangen, wenngleich die zu Gunsten der Bevorzugung der älteren Heuerforderungen von anderer Seite vorgebrachten Billigkeitsgründe zum Theil dadurch hinfällig geworden sind, daß nach § 68 der Seemannsordnung, welcher an die Stelle des Art. 453 des H. G. B. getreten ist, der Rheder für die Forderungen des Schiffers und der Schiffsmannschaft aus den Dienst- und Heuerverträgen jetzt in allen Fällen auch persönlich haftet, und dieselben zum Theil nicht zutreffen, insoweit die Auszahlung der Heuer schon vor der letzten Reise hätte gefordert werden können. Vergl. Protokolle S. 2855, 2876 und 2935 bis 2987. I. C. S. i. S. Evers c. Müller vom 14. April 1888, Nr. 18/88 I.

IV. Das Gemeine Recht.

10. Wenn das B. G. annimmt, daß der Besitzer als solcher das objektive Unrecht, welches durch den Eingriff in die Rechtssphäre des Nachbars bewirkt wurde, zu vertreten verpflichtet ist, so muß dieser Annahme gegenüber für das gemeine Recht mit den reichsgerichtlichen Entscheidungen Bd. VI Nr. 61 und Bd. XVII Nr. 24 daran festgehalten werden, daß allein durch objektive Verletzung eines fremden Rechts ein Anspruch auf Schadensersatz nicht begründet wird, daß hierzu vielmehr noch ein weiterer Rechtsgrund hinzutreten muß. III. C. S. i. S. Hellfritz c. Küchler vom 3. April 1888, Nr. 271/87 III.

11. Eine juristische Person haftet nicht nur für die Erfüllung der aus Kontraktsverhältnissen hervorgehenden oder durch spezielle Gesetze auferlegten Verpflichtungen gleich der Privatperson; die moderne Rechtsentwickelung hat aus dem Umstande, daß eine juristische Person nur durch Vertreter handeln kann, daß sie andererseits aber auch durch diese Vertreter an dem bürgerlichen Verkehr theilnimmt und durch ihre Vertreter unmittelbar Rechte erwirbt, weiter gefolgert, daß eine juristische Person auch für schuldhafte Handlungen und Unterlassungen der Vertreter innerhalb ihrer Zuständigkeit in demselben Maße verantwortlich ist, wie eine Privatperson für eigene Handlungen und Unterlassungen, und ist dieser für den Schutz des bürgerlichen Verkehrs nothwendige Satz auch bereits vom R. G. als

eine nicht abzuweisende Folge der Organisation und der Theilnahme der juristischen Person am Verkehre anerkannt worden. III. C. S. i. S. Kirchengemeinde Wolfshagen c. Reinecke vom 6. April 1888, Nr. 1/88 III.

12. Der B. R. erkennt selbst an, daß bei der heutigen Statthaftigkeit und (gemeinrechtlichen) Formlosigkeit der Erbverträge kein Grund erfindlich scheine, den Vertrag über den Abschluß eines Erbvertrages zu reprobiren. Und in der That liegt ein solcher Grund nicht vor. Namentlich ist der vom B. R. angeführte, daß das gemeinrechtliche Prinzip von der Uneinschränkbarkeit der Freiheit letztwilliger Dispositionen auch heutzutage noch soweit gelten müsse, als es nicht durch deutschrechtliche Gewohnheiten aufgehoben sei, daß dies aber nur durch Anerkennung der Erbverträge, nicht auch durch Anerkennung eines Vorvertrags über Erbverträge geschehen sei, keineswegs stichhaltig. Vielmehr liegt in dem Einen das Andere von selbst mit. Verstattet man einmal, sich zu einer Erbeinsetzung vertragsmäßig zu verpflichten, so liegt kein weiterer Bruch des Prinzips darin, daß man verstattet, sich vertragsmäßig zu einem solchen Vertrag zu verpflichten, vielmehr kann letzterer wie jeder andere zulässige Vertrag den Gegenstand eines Vorvertrages bilden. Das R. G. hat sich daher auch schon früher gegen die Ansicht von Hartmann, Erbverträge p. 48 Nr. 3, Hasse im Rheinischen Museum für Jurisprudenz II p. 209, Siebenhaar, Kommentar zum Sächsischen Civilgesetzbuch zu § 2559, in Uebereinstimmung mit der Ansicht von Beseler, Erbverträge II p. 62—67 für die rechtliche Wirksamkeit eines solchen Vorvertrags über Abschluß eines Erbvertrags ausgesprochen. III. C. S. i. S. Jaeger c. Muner vom 10. April 1888, Nr. 7/88 III.

V. Das Preußische Allgemeine Landrecht.

13. Mit dem vormaligen Preußischen Obertribunale ist anzunehmen, daß die in § 75 A. L. R. Thl. I Tit. 5 erforderte „Bewilligung der Hauptparteien" überall da als vorhanden anzusehen ist, wo eine ausdrückliche Bewilligung von derjenigen Hauptpartei ertheilt worden, welche allein den Vortheil des Dritten sich hat versprechen lassen, weil die Bewilligung des Versprechenden schon in dem Vertrage selbst zu finden ist. (Entscheidungen des Obertribunals Bd. 10 S. 350, Bd. 14 S. 76, Bd. 72 S. 19, vergl. auch Bd. 26 S. 13.) Damit stimmen auch Koch (Preuß. Privatrecht Bd. 2 S. 234 und Anm. 79 zu § 75 cit.), sowie Dernburg (Preuß. Privatrecht Bd. 2 S. 45) überein. Die Ansicht von Eccius (Preuß. Privatrecht Bd. 1 S. 432), daß beim Mangel einer nochmaligen ausdrücklichen Bewilligung von Seiten des Versprechenden der Dritte ein Recht nur auf dem Umwege einer förmlichen Cession des Rechts des Promissars erlangen könne, findet in den landrechtlichen Vorschriften keine ausreichende Stütze. VI. C. S. i. S. Pfarre c. Alexander vom 12. April 1888, Nr. 37/88 VI.

14. Bei einem schriftlichen Vertrage soll nach A. L. R. Thl. I Tit. 5 § 127 Alles, was auf die Verabredung der Parteien ankommt, blos nach dem schriftlichen Vertrage beurtheilt werden. Für das Rechtsverhältniß der Kontrahenten waren also die ausgewechselten Urkunden, und der in ihnen bethätigte Vertragswille maßgebend. Frühere mündliche Abreden haben in der Regel keine Bedeutung. Einen Grund, weshalb der Bekl. dennoch annehmen durfte, die früheren Besprechungen seien gültig geblieben, hat der B. R. nicht ausgesprochen. Diese Sachlage würde sich allerdings verändern, wenn die Willenserklärung des Bekl. bei Abschluß des Vertrages durch Betrug, Irrthum oder aus anderen Gründen beeinflußt war. In solchem Falle stände dem Bekl. das Recht zu, den Vertrag, wie er durch die ausgetauschten Urkunden dokumentirt wird, anzufechten. Es würde aber für diesen Einwand ihn die Beweislast treffen. V. C. S. i. S. Diepschlag c. Sträterhoff vom 7. April 1888, Nr. 29/88 V.

15. Der B. R. scheint für erforderlich zu halten, daß mündliche Vereinbarungen neben einem schriftlichen Vertrage, wenngleich die Formlosigkeit der ersteren durch die nachfolgende Auflassung geheilt worden ist, um für die Kontrahenten bindend zu sein, bei der schriftlichen Vertragserrichtung getroffen oder ausdrücklich wiederholt worden sein müssen. Dieser Anschein wird dadurch verstärkt, daß der B. R. sich hierbei auf ein Urtheil des Vierten C. S. des R. G. vom 6. März 1884, abgedruckt in Gruchot, Beiträge Bd. 28 S. 898, beruft, in welchem auf Grund der Auslegungsregel in § 265 Thl. I Tit. 5 des A. L. R. ausgeführt wird, daß, weil die in dem förmlichen Kontrakt übergegangenen Verabredungen einer vorherigen Punktation für aufgehoben zu erachten seien, nur die beim Abschluß des förmlichen Kontrakts getroffenen Abreden Gültigkeit erlangen könnten. Im vorliegenden Fall ist dem notariellen Vertrage vom 24. November 1880 eine Punktation nicht vorangegangen, es kann deshalb die Bedeutung des cit. § 265 unerörtert bleiben; vergl. Dernburg Preußisches Privatrecht Bd. 1 § 106 Anmerkung 8; Förster-Eccius Preußisches Privatrecht 5. Auflage § 82 Anmerkung 10; Rehbein Entscheidungen des Ober-Tribunals Bd. 1 S. 337. Sollte jedoch die Begründung des angefochtenen Urtheils und die Fassung des in demselben festgesetzten Eidessatzes in dem vorhin gemuthmaßten Sinn zu verstehen sein, so würde dem B. R. ein Rechtsirrthum zur Last fallen. Die mangelnde Form des vorangegangenen Rechtsgeschäfts ist durch die Auflassung des verkauften Grundstücks an den Bekl. geheilt worden (§ 10 des E. E. G.); wegen Nichtaufnahme in den förmlichen Vertrag kann deshalb den mündlichen Abmachungen die Gültigkeit nicht abgesprochen werden. Entscheidungen des R. G. Bd. 2 S. 293. Bd. 16 S. 268. Daneben bleibt zwar der Erfahrungssatz bestehen, daß ein schriftlich aufgenommener Vertrag einen vollständigen Ausdruck der Willenseinigung der Vertragsgenossen zu enthalten pflegt; die daraus abgeleitete Regel aber, daß frühere, in dem schriftlichen Vertrage übergegangene mündliche Abmachungen als aufgehoben anzusehen, gilt nur insoweit als sie mit der Absicht der Vertragsgenossen übereinstimmt, und zerfällt vor den entgegenstehenden Umständen des einzelnen Falles wie überhaupt vor jedem Gegenbeweise. Ueber die Beschaffenheit der zu solchem Gegenbeweise tauglichen Umstände lassen sich keine bestimmten Vorschriften geben, namentlich ist es unrichtig, einen mündlichen Ausdruck der außer den schriftlich festgestellten Sätzen noch getroffene Vereinbarungen bei jener schriftlichen Feststellung zu verlangen; es genügt vielmehr jede Ueberzeugung des Richters von der — gleichgültig wie und wann an den Tag gelegten — Willensübereinstimmung der Vertragschließenden darüber, daß neben den schriftlichen noch sonstige Abmachungen gelten sollen. Es würden daher, was den vorliegenden Fall angeht, die Kontrahenten des Vertrages

vom 24. November 1880 an eine vor der der Abfassung desselben mündlich vereinbarten Uebernahme des streitigen Altentheils durch den Bekl. auch dann gebunden sein, wenn sie auf letztere Vereinbarung bei der Aufsetzung des notariellen Vertrages mit keinem Wort zurückgekommen, aber stillschweigend davon ausgegangen sind, daß jene frühere Verabredung — etwa weil sie deren Aufnahme in den schriftlichen Vertrag für überflüssig ansehen mochten — in Kraft verbleibe. V. C. S. i. S. Lutat c. Lutat vom 4. April 1888 Nr. 21/88 V.

16. Daß die Vorschriften „von der Rückforderung einer aus Irrthum geleisteten Zahlung" (A. L. R. Thl. I Tit. 16 §§ 166 ff.) nicht allein dann zur Anwendung kommen, wenn eine eigentliche Zahlung zur Tilgung einer vermeintlichen Schuld erfolgt ist, sondern auch in den Fällen, wo der Verbindlichkeit durch eine andere Leistung genügt worden ist, ergeben die §§ 189, 196 Thl. I Tit. 18 des A. L. R. Insbesondere besteht auch darüber kein Zweifel, daß der Gegenstand der Rückforderungsklage eine eingegangene Verbindlichkeit (est et haec species condictionis, si quis sine causa promiserit) also auch eine Verpflichtung zur Zahlung, bilden kann (vergl. Förster-Eccius 5. Aufl. Bd. 2 S. 471, S. 461 Anmerkung 18; Dernburg, Bd. 2 § 289 Nr. 1; Rehbein, die Entscheidungen des vormaligen Obertribunals Bd. 3 S. 67 ff.) V. C. S. i. S. Opderbeck c. Harmegius und Gen. vom 7. April 1888, Nr. 274/87 V.

17. Richtig ist, daß dem Ehemann gemäß § 247 Tit. 1 Thl. II A. L. R. die Befugniß zur Verpfändung des Kahnes zustand. Die in dem Ladescheine vom 31. August 1886 enthaltene Verpfändungserklärung hat allerdings, so lange es an dem erforderlichen Modus der Verpfändung (vergl. A. L. R. Thl. I Tit. 20 § 300 ff.) fehlt, nicht die Wirkung, daß das Pfandrecht einem dritten Besitzer gegenüber verfolgt werden kann, wohl aber kann dasselbe geltend gemacht werden, so lange sich die verpfändete Sache im Vermögen des Schuldners befindet; § 9, 10 Tit. 20 Thl. I A. L. R. Die Ehefrau ist aber im vorliegenden Falle nicht als Dritte anzusehen. Sie befindet sich, da die Verpfändung von ihrem Ehemann kraft der ihm gesetzlich zustehenden Verfügungsbefugniß vorgenommen ist, der Kl. gegenüber in derselben rechtlichen Lage, wie wenn sie selbst die Verpfänderin wäre. Es bedarf demnach, um das Pfandrecht gegen sie wirksam zu machen, nicht erst einer Nachholung der symbolischen Uebergabe, obwohl, wie der B. R. auf Grund von § 103 a. a. O. mit Recht annimmt, Kl. berechtigt ist, dieselbe zu verlangen. I. C. S. i. S. Arndt c. Sauer und Jacobi vom 4. April 1888, Nr. 40/88 I.

18. Es ist zuzugeben, daß der § 700 II 1 A. L. R. einen an besondere Voraussetzung gebundenen, von dem in den §§ 701 und 702 aufgestellten Grunde verschiedenen Ehescheidungsgrund darstellt, indem derselbe voraussetzt, daß die betreffenden Kränkungen der Ehre in der Absicht zugefügt sind, dem anderen Ehegatten die Achtung, auf welche er vermöge seiner Verhältnisse Anspruch machen kann, zu entziehen und dadurch einen bleibenden Schaden an seiner Ehre zuzufügen. Dies ist aus der Verbindung, in welche das A. L. R. den § 700 mit 699 setzt, so wie aus den in § 748 gebrauchten Worten: „Nachstellungen nach Ehre" zu entnehmen. Vergleiche die Entscheidungen des Obertribunals in den Entscheidungen desselben Bd. 5 S. 328 und in Striethorst Bd. 50 S. 333, welchen sich auch das R. G. in dem Urtheil vom 6. Dezember 1880 in Sachen Sturm c. Sturm (IV. 587/80) bereits angeschlossen hat. IV. C. S. i. S. Fickert c. Fickert vom 16. April 1888, Nr. 11/88 IV.

VI. Sonstige Preußische Landesgesetze.

Zu den Stempelgesetzen.

19. Die angefochtene Entscheidung beruht auf der Annahme, daß die Cabinetsordre vom 13. November 1828, welche Verträge über Angaben an Zahlungsstatt mit dem Kaufstempel belegt, dann keine Anwendung finde, wenn, wie hier, *ein* Geschäft vorliege, wenngleich sich bei demselben ein Theil der Gegenleistung nicht als Kaufgeld, sondern als Angabe an Zahlungsstatt darstelle, da andernfalls der Theil des Geschäfts, bei welchem eine Angabe an Zahlungsstatt stipulirt sei, einer doppelten Besteuerung unterliegen würde, daß vielmehr die gedachte Kabinetsordre zwei von einander getrennte Geschäfte voraussetze, wenn also nach schriftlichem Abschlusse eines Kaufvertrages vor dessen Ausführung schriftlich vereinbart werde, daß anstatt des Kaufpreises von dem Käufer Sachen an Zahlungsstatt gegeben werden sollen. Diese Auffassung steht mit dem Wortlaute und dem Sinne des Gesetzes im Widerspruch. Das letztere will jede Stipulation über eine Angabe an Zahlungsstatt versteuert wissen und unterscheidet nicht, ob die Abrede *in Verbindung* mit dem Hauptgeschäfte, durch welches die zu tilgende Verbindlichkeit begründet wird, oder *äußerlich getrennt* von diesem in einem besonderen Rechtsakte getroffen ist. Zu einer solchen Unterscheidung war ein rechtlicher Anlaß nicht gegeben. Denn die Angabe an Zahlungsstatt ist ihrem Wesen nach ein für sich bestehendes, selbstständiges Rechtsgeschäft und bildet nicht einen integrirenden Bestandtheil des Hauptgeschäfts, zu dessen Erfüllung sie führen soll. Dies ergiebt sich aus der Rechtslage im Allgemeinen und liegt auch, was speziell den gegenwärtigen Fall anlangt, in welchem das Hauptgeschäft ein *Kaufvertrag* ist, klar zu Tage. Denn zu den wesentlichen Erfordernissen eines *Kaufvertrages* gehört es, daß der Kaufpreis in einer *bestimmten Geldsumme* besteht (§ 1 Thl. I Tit. 11 des A. L. R.). Es bildet also gerade die *Baarzahlung* des Kaufpreises eine Voraussetzung des Kaufvertrages, und daraus folgt, daß, wenn gleichzeitig stipulirt ist, es solle an Stelle der Baarzahlung *die Angabe von Sachen an Zahlungsstatt* erfolgen, diese Stipulation das Kaufgeschäft als solches nicht berührt, sondern ein, wenn auch durch das Kaufgeschäft veranlaßtes, so doch im Uebrigen selbständiges Rechtsgeschäft darstellt. Die Entscheidungsgründe des B. R. sind also insoweit nicht zutreffend. — Die Sache unterliegt allerdings einer zu einem abweichenden Ergebnisse führenden Beurtheilung, wenn nach der Intention der Betheiligten die Hingabe der Sache nicht zum Zwecke der Tilgung einer bestehenden Verbindlichkeit geschehen ist, sondern die Gegenleistung für die Ueberlassung anderer Sachen bildet. In solchem Falle ist überhaupt keine Angabe an Zahlungsstatt, sondern ein *Tauschvertrag* vorliegend und folgeweise die Anwendung der Cabinetsordre vom 13. November 1828 ausgeschlossen. IV. C. S. i. S. Fiskus c. Ebbinghaus vom 5. März 1888, Nr. 349/87 IV.

20. Der B. R. geht bei Prüfung der Frage, ob der notarielle Akt einen stempelpflichtigen Kaufvertrag enthalte, von der durch wiederholte Entscheidungen des R. G. und zuletzt in Sachen Fiskus wider Cornely (Rep. II Nr. 341/87) unterm 17. März dieses Jahres für richtig erklärten Anschauung aus, daß bei einer offenen Handelsgesellschaft die Gesellschaft selbst als die Trägerin des Eigenthums am Gesellschaftsvermögen anzusehen ist, und daß den einzelnen Theilhabern der Gesellschaft kein quotitatives Miteigenthum an dem Vermögen, sondern nur ein Anspruch auf ihren Antheil an dem Rechnungsreliquate, welches sich zu ihren Gunsten aus den Büchern der Gesellschaft ergiebt, also nur ein Forderungsrecht auf diejenige Geldsumme zusteht, welche den Werth ihres Antheils am Gesellschaftsver-

mögen darstellt. Hiergegen sucht die Revision zwar auszuführen, daß die vorgedachte Anschauung dem Stempelgesetze unbekannt und überhaupt zur Zeit der Erlassung dieses Gesetzes nicht zutreffend gewesen sei, und daß die Grundsätze des Stempelgesetzes über den Kaufvertrag trotz der veränderten Gesetzgebung festgehalten werden müßten, wie dies auch in der Rechtsprechung anerkannt sei. Diese Ausführung verkennt jedoch, daß jene auf den Bestimmungen des Deutschen H. G. B. beruhende Rechtsanschauung an den Grundsätzen des Stempelgesetzes überhaupt und insbesondere auch, soweit der Begriff des Kaufvertrages in Betracht kommt, nichts geändert hat. Dieselbe hat nur die Folge, daß es bei einer Auseinandersetzung unter zwei Gesellschaftstheilhabern, wie die vorliegende ist, für einen Kaufvertrag an der erforderlichen thatsächlichen Unterlage, nämlich an einem zu verkaufenden Gegenstande fehlt. In dieser Beziehung aber konnte das Stempelgesetz keine Bestimmungen treffen und hat solche nicht getroffen. II. C. S. i. S. Fiskus c. Merckens vom 17. April 1888, Nr. 49/88 II.

Zum Gesetz vom 9. März 1872.

21. Das O. L. G. hat mit Recht seiner Entscheidung die Bestimmungen des Gesetzes vom 9. März 1872 (Preußische Gesetzsamml. S. 265) zu Grunde gelegt. Der Ansicht aber, daß nach diesen Bestimmungen der Beschwerdeführer für die von ihm acht Tage vor dem gerichtlichen Termine in seinem Hause vorgenommene Untersuchung des Kl. neben der Terminsgebühr eine besondere Vergütung nicht beanspruchen könne, war nicht beizutreten. Der § 3 des gedachten Gesetzes gewährt den Medizinalbeamten unter Nr. 1 für Abwartung eines nicht über drei Stunden dauernden Termins 6 Mark. Soweit in dem Termine selbst eine Untersuchung oder Besichtigung von der Medizinalperson vorzunehmen ist, erscheint die Liquidation einer besonderen Gebühr dafür ausgeschlossen, weil es sich hier um eine zur Abwartung des Termins gehörende und einen Bestandtheil der Terminsabwartung bildende Thätigkeit handelt. Hat dagegen der Sachverständige außerhalb des Termins Geschäfte auf Verlangen des Gerichts verrichtet, so muß er nach dem im § 378 C. P. O. ausgesprochenen allgemeinen Grundsatze wie nach den speziellen Vorschriften der Gebührenordnung für Sachverständige und des Preußischen Gesetzes vom 9. März 1872 für solche Geschäfte und die damit verknüpfte Zeitversäumniß besonders entschädigt werden. Im vorliegenden Falle ist nun von dem Prozeßgerichte dem Kl. die Anweisung ertheilt, sich vor dem Terminstage bei dem Beschwerdeführer zum Zweck seiner Untersuchung zu melden, und Letzterer zu dieser Untersuchung aufgefordert, damit aber deutlich zu erkennen gegeben, daß eine Thätigkeit neben und außerhalb der Terminsabwartung von dem Beschwerdeführer verrichtet werden sollte. VI. C. S. i. S. Ringeler c. Vulkan vom 19. April 1888, B. Nr. 43/88 VI.

Zum Gesetz vom 20. Juni 1875.

22. Der Kl. hat für den Wiederaufbau der katholischen Kirche zu S. als deren Patron 3274 Mark verausgabt und beansprucht von dem Bekl., dem Pfarrer der Kirche, den Ersatz derselben. Nach der Feststellung des B. R. ist der Brand dadurch entstanden, daß der von dem Bekl. als Kirchendiener bestellte 13jährige Knabe A. die Kerzen, welche am Gründonnerstage dem katholischen Ritus gemäß auch nach beendigtem Gottesdienst in der Kirche brannten, ungeachtet ihrer in hohem Grade feuergefährlichen Umgebung verlassen hatte. Der B. R. macht nach §§ 7 ff. Thl. I Tit. 6 des A. L. R. den Bekl. hierfür verantwortlich. Das R. G. sagt: Nach § 8 des Gesetzes vom 20. Juni 1875 über die Vermögensverwaltung in den katholischen Kirchengemeinden steht die letztere dem Kirchenvorstande zu, dem es daher auch obliege, für die Erhaltung der kirchlichen Vermögensstücke (§ 3 Nr. 2 daselbst) insbesondere für die Sicherung des Kirchengebäudes gegen Feuersgefahr zu sorgen. Der Bekl. war zur Verwendung der brennenden Kerzen durch kirchliche Vorschrift berechtigt und verpflichtet. Nach der Natur seines Amts aber brauchte er zu diesem Zwecke nicht unmittelbar persönlich thätig zu sein. Er hatte daher an sich hierzu nur den erforderlichen Auftrag an den ihm zu Gebote stehenden Kirchendiener zu ertheilen. Dagegen sind zur Zeit keine Umstände ersichtlich gemacht, welche ihm auch zu einer besonderen Belehrung oder Anweisung desselben Veranlassung gegeben haben möchten. VI. C. S. i. S. Radecki c. Kiehn vom 12. April 1888 Nr. 38/88 VI.

Zum Zuständigkeitsgesetz vom 1. August 1883.

23. Nach § 68 des Zuständigkeitsgesetzes vom 1. August 1883 ist die Entscheidung über Anträge auf Verschaffung von Vorfluth dem Kreis- (Stadt-) Ausschuß zugewiesen, gegen welche die Provokation auf mündliche Verhandlung im Verwaltungsstreitverfahren zusteht. Damit ist auf diesem Gebiete die Kognition des ordentlichen Richters ausgeschlossen. Ein Grund, weshalb es anders sein sollte, wenn auf dem vorschriftsmäßigen Wege die Genehmigung einer bereits gemachten Anlage und nicht die einer erst projektirten nachgesucht wird, ist nicht erfindlich. Denn selbstredend wirkt die Genehmigung nicht eher, als sie ertheilt ist und nicht zurück auf die Vergangenheit, so daß die Sache nicht anders liegt, als wenn die genehmigte Anlage im Momente ihrer Genehmigung gemacht worden wäre. Mit diesem Momente entzieht sich aber auch der Streit, ob derjenige, welcher diese Genehmigung erhalten hat, die Anlage behalten darf, der Entscheidung durch den ordentlichen Richter. Dieser Streit muß vielmehr nach der Bestimmung des letzten Absatzes a. a. O. im Verwaltungsstreitverfahren zum Austrag gebracht werden. Es macht dabei keinen Unterschied, wenn auch, wie hier, eine Klage auf Beseitigung der Anlage bereits vor dem ordentlichen Richter anhängig gemacht worden war. Dabei handelte es sich nicht um Beschaffung der Vorfluth, und um die Frage, ob solche dem Bekl. aus wirthschaftlichen Gründen gewährt werden müsse, sondern um die Wiederherstellung des früheren Wasserlaufs durch Beseitigung einer, diesen ändernden vom Bekl. willkürlich mit angeblich schädigender Wirkung für den Kl. neu hergestellten Drainleitung. Inzwischen ist eine Veränderung der Sachlage eingetreten, welche dem Bekl. eine neue Einrede gegeben hat, dahin gehend, daß er von kompetenter Stelle die Berechtigung erlangt habe, die Drainleitung zu haben, deren Wegschaffung die Klage erstrebte. V. C. S. i. S. Oswaldowski c. Hagemann vom 11. April 1888, Nr. 27/88 V.

VII. Das Französische Recht (Badische Landrecht).

24. Wenn auch dem Urtheile des B. G. darin beizutreten ist, daß der Vermiether bei zufälligem Untergang des vermietheten Gebäudes oder eines Theils hiervon dem Miether gegenüber nicht zum Wiederaufbau verpflichtet ist, und deshalb ein Entschädigungsanspruch wegen Nichterfüllung oder Verzögerung der Erfüllung dieser angeblichen Verbindlichkeit nicht begründet wäre, so kann doch der vom Kl. gestellte Berufungsantrag noch unter einem anderen Gesichtspunkte betrachtet werden, unter welchem er in den oberlandesgerichtlichen Entscheidungsgründen einer Prüfung nicht unterzogen worden ist. Die Zerstörung des Dachstuhls nebst der Beschädigung mehrerer Böden des vom Kl. gemietheten Hauses bedingte, ganz abgesehen davon, ob sich der Bekl. zur Wiederherstellung des Baues in den früheren Zustand entschloß, die zur Erhaltung und Herstellung des übrig gebliebenen Theils des Hauses, worin Kl. die Miethe fortsetzte, in bewohnbaren Zustand nothwendigen Ausbesserungen und Schutzmaßregeln. Diese aus den Landrechtssätzen 1719[a], 1720 Abs. 2 sich ergebende Verbindlichkeit des Bestandgebers besteht auch nach theilweise erfolgtem Untergang der Bestandsache in Bezug auf den erhalten gebliebenen Theil fort. Aus dieser Verpflichtung läßt sich zwar, wie bereits angeführt, diejenige zum Wiederaufbau von durch Zufall ganz oder theilweise zerstörten vermietheten Gebäuden nicht herleiten, aber die durch Theilzerstörung bedingte Ausbesserung und Instandhaltung des nicht untergegangenen Theils kann Maßregeln nothwendig machen, welche mit den bei einem vollständigen Wiederaufbau zu treffenden in einem gewissen Maße übereinstimmen, wenn sie auch nur für

die Dauer der Miethe berechnet sind. Ohne Zweifel ist hierzu im vorliegenden Falle die Errichtung eines Nothdachs, wegen deren Verzögerung der Berufungsantrag in erster Reihe einen Entschädigungsanspruch geltend macht, zu rechnen, ohne welches die Bewohnbarkeit mindestens einzelner Gelasse beeinträchtigt und die Fahrnißeinrichtung des Kl. ohne Schutz vor eindringendem Regen war. II. C. S. i. S. Steiner c. Schwarz vom 13. April 1888, Nr. 20/88 II. M.

Für die Redaktion verantw.: E. Hnenle. Verlag: W. Moeser Hofbuchhandlung. Druck: W. Moeser Hofbuchdruckerei in Berlin.

Dieser Nummer liegt für die Herren Vereinsmitglieder ein Prospekt von W. Moeser Hofbuchhandlung, Berlin S., bei.

№ 25. Berlin, 25. Mai. 1888.

Juristische Wochenschrift.

Herausgegeben von

S. Haenle, Justizrath, Rechtsanwalt in Ansbach. und M. Kempner, Rechtsanwalt beim Landgericht I. in Berlin.

Organ des deutschen Anwalt-Vereins.

Preis für den Jahrgang 20 Mark. — Inserate die Zeile 40 Pfg. — Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt.

Inhalt.

Aufsätze für die Juristische Wochenschrift, welche acht Spalten überschreiten, können nur ausnahmsweise angenommen werden. Aufsätze, welche sich auf Angelegenheiten des Anwaltstandes und die Reichsjustizgesetze beziehen, erhalten den Vorzug.

Die Redaktion.

Vom Reichsgericht.*)

Wir berichten über die vom 1. — 10. Mai 1888 ausgefertigten Erkenntnisse.

I. Die Reichsjustizgesetze.

Zur Civilprozeßordnung.

1\. Nach § 25 der C. P. O. ist für Immobiliarklagen das Gericht ausschließlich zuständig, in dessen Bezirk die unbewegliche Sache, um die es sich handelt, gelegen ist. Dieser Gerichtsstand kann weder durch stillschweigende, noch durch ausdrückliche Vereinbarung der Parteien ausgeschlossen werden (C. P. O. § 40 Abs. 2). Es unterliegt auch keinem Zweifel, daß das angegangene Gericht und eventuell die höhere Instanz die etwaige Unzuständigkeit von Amtswegen auszusprechen haben (C. P. O. §§ 509 Ziffer 1, 513 Ziffer 4). Die Entscheidung über die Revision hängt daher von der Beantwortung der Frage ab, ob die streitige Entschädigungsrente als eine unbewegliche Sache im Sinne des § 25 cit. zu betrachten sei? Unter Sachen versteht das Gesetz hier jeden Vermögensbestandtheil, also auch unbewegliche Rechte, d. h. solche Rechte, die nach dem maßgebenden Landesrechte zu den unbeweglichen Sachen zu zählen sind. Es macht dabei keinen Unterschied, ob der Anspruch auf solche Sachen oder Rechte mit der dinglichen Klage selber verfolgt oder statt derselben in Bezug auf solche Objekte eine Feststellungsklage (C. P. O. §§ 231, 253) erhoben wird; denn durch den Antrag auf Feststellung des bestrittenen Rechtsverhältnisses wird der Grund der angestellten Klage nicht geändert. Auch fallen die Klagen auf Anerkennung von Successionsrechten in Lehen, Stammgüter, und Familienfideikommißgüter als Singularklagen gerade so unter § 25 cit., wie die Vindikation (Revokationsklage) des Lehens, Stamm- und Fideikommißguts selber. Die Motive zur C. P. O. heben dies bei den Erörterungen zum Gerichtsstande der Erbschaft (§ 28 des Gesetzes) mit der Begründung hervor, daß hierbei keine Universalsuccession in Frage stehe, der Eintritt in jene Güter vielmehr auf Grund eines Spezialtitels erfolge. In diesem Sinne hat sich bereits das R. G. nach den Entscheidungen Bd. 13 Nr. 103 S. 386 u. f. für das preußische Recht ausgesprochen. Indessen ist diese Entscheidung für den vorliegenden Fall um deswillen nicht maßgebend, weil das preußische Recht die Nachfolge in ein Familienfideikommiß als eine bloße Singularsuccession ansieht, während es nach gemeinem Rechte bestritten ist, ob der Eintritt in das Fideikommißvermögen eine Universal- oder Singularsuccession begründet. Die Vorinstanzen haben Ersteres angenommen; sie gewähren wenigstens dem wahren Fideikommißnachfolger die Erbschaftsklage (heriditatis petitio) gegen den Inhaber des Familienfideikommisses, der sich selber ein Successionsrecht in dieses Vermögen zuschreibt. Wäre diese Ansicht richtig, so würde sich mit Grund die Frage erheben lassen, ob nicht vorliegend der Gerichtsstand der Erbschaft (C. P. O. § 28) gegeben sei; denn in Wirklichkeit ist unter den Parteien das Successionsrecht — das Recht zum Eintritt in das Fideikommißvermögen, beschränkt auf die angeblich zu letzterem gehörige, in § 20 des Reichsdeputationshauptschlusses dem gräflichen Hause Leiningen-Westerburg, jüngere Linie, überwiesene Entschädigungsrente von 1000 Gulden — streitig und man könnte davon ausgehen, daß es zur Begründung jenes Gerichtsstandes vor allem darauf ankomme, ob das Erbrecht Gegenstand des Prozesses sei. Allein in solcher Weise ist der im gemeinen Recht geführte Streit über das Wesen der Succession in das Fideikommißvermögen nicht zu verstehen. Allgemein

*) Nachdruck ohne Angabe der Quelle verboten.

wird anerkannt, daß der Fideikommißerbe nicht als Erbe des zuletzt verstorbenen Besitzers, sondern als das zufolge der Stiftung des ersten Inhabers des Familienfideikommisses berufene Mitglied des zur Nachfolge berufenen Personenkreises erbt, also ex pacto et providentia majorum. Diejenigen Rechtslehrer und gerichtlichen Entscheidungen aber, welche den Gesichtspunkt einer Sondernachfolge ablehnen, wollen damit nur zum Ausdrucke dringen, daß der Fideikommißnachfolger nicht in ein einzelnes Vermögensstück, sondern in einen Komplex von Rechten und Verbindlichkeiten, in das Fideikommißvermögen, eintrete, und hierbei weder eine Universal- noch Singularsuccession im römisch-rechtlichen Sinne stattfinde. Vergl. Gerber, Deutsches Privatrecht, § 249; Unger, System des allgemeinen österreichischen Privatrechts VI. § 89; Stobbe, deutsches Privatrecht V. § 321. Danach ist aber die gemeinrechtliche, auf der Gesammtnachfolge in das Vermögen eines Verstorbenen beruhende Erbschaftsklage, möge sie auch als hereditatis petitio partiaria angestellt sein, für die Geltendmachung der Spezialsuccession in ein Familienfideikommiß unanwendbar; sie ist es begrifflich wegen der Grundverschiedenheit des Successionsrechtes und sie ist es nach der natürlichen Betrachtung der Dinge; denn der Fideikommißerbe erhält das Familienfideikommiß zwar aus der Hand des letzten Besitzers, aber nicht als dessen Erbe, und er erhält es als Erbe des Stifters, aber nicht immer dasjenige, was der Stifter nachgelassen hat. Gestattet man selbst dem Fideikommißnachfolger gegen den Erben des Vorbesitzers, der jenem das Fideikommiß vorenthält, neben der persönlichen Klage aus der Stiftung und der dinglichen Klage aus dem Eigenthum — der Vindikation oder Revokatorienklage — noch eine Klage nach Art der hereditatis petitio fideicommissaria, wie sich Lewis, Recht des Familienfideikommisses, Seite 407 folg. ausdrückt, so ist doch auch die letztere der Natur der Sache nach nicht die Erbschaftsklage des gemeinen Rechts. Vgl. hierzu Erkenntniß des vormaligen Oberappellationsgerichts zu Darmstadt vom 18. Februar 1868 im Archiv für praktische Rechtswissenschaft, N. F. Band 10, Seite 195. Es kann daher von einem Gerichtsstande der Erbschaft im Sinne des § 28 der C. P. O. keine Rede sein. Aber auch der Gesichtspunkt ist ausgeschlossen, daß, wenn etwa das Recht auf den Rentenbezug als solches zu den unbeweglichen Sachen im Sinne des § 25 cit. zu zählen sei, doch daneben noch ein persönlicher Anspruch des Rentenberechtigten an die betheiligten Regierungen bestehe und für diesen der dingliche Gerichtsstand nicht begründet sei. Würde der Kläger einen der zur Rentenzahlung verpflichteten Rheinuferstaaten auf Erfüllung der ihm obliegenden Verbindlichkeit belangt haben, so würde es sich nach dem Grunde und der Sachbitte der Klage entscheiden, ob, vorausgesetzt das Objekt der dinglichen Last bestände noch, die persönliche Klage aus dem Obligationsverhältnisse oder die dingliche Klage aus der hypothekarischen oder realen Belastung angestellt wäre. Allein hier streiten zwei Prätendenten unter einander über die nähere und bessere Anwartschaft zum Besitze der fideikommissarischen, jedem von ihnen nach seiner Behauptung von Rechtswegen zugefallenen Rente und in einem solchen Falle ist über das Recht als solches und zugleich über dessen Fideikommißqualität zu erkennen. Ist dieses Recht als ein unbewegliches zu betrachten, so findet eben der § 25 cit. und nicht ein sonstiger allgemeiner oder besonderer Gerichtsstand Anwendung. Nun nimmt der Berufungsrichter die dingliche Natur und die Immobiliareigenschaft der streitigen Rente, wie es scheint, aus drei Gründen an. Er führt aus, daß es sich um eine immerwährende Rente handele, die schon das gemeine (kanonische) Recht nach Cl. I. de V. S. (5, 11) als Immobile anerkenne, und in derselben Weise auch in verschiedenen Partikularrechten behandelt werde; daß sodann das Objekt der Rente der Rheinoktroi, also ein reales Recht der rechtsrheinischen Rheinuferstaaten als Ausfluß ihres Miteigenthums an dem Rheine und seines abgegrenzten Ufers sei, — und daß endlich die Rente auch als dingliche (hypothekarische) Belastung des Miteigenthums der Staaten Preußen, Bayern, Baden, Hessen und Nassau modo Preußen an dem rechten Rheinufer anzusehen sei und als solche bei eintretenden Staatsveränderungen auf jeden neu eintretenden Erwerber dieses Miteigenthums übergehe. Mit Recht greift Rkl. diese Ausführungen als rechtsirrthümlich an. Wird näher dargelegt. III. C. S. i. S. Graf Neu-Leiningen c. Alt-Leiningen vom 30. December 1887, Nr. 99/87 III.

2. Wie das R. G. bereits mehrfach ausgesprochen hat, enthält die Vorschrift des § 671 Abs. 2 der C. P. O. nicht eine bloße Instruktion für den Gerichtsvollzieher, sondern ein Gebot, dessen Uebertretung die Vollstreckungshandlung zu einer ungesetzlichen macht und ihr die rechtsbegründende Wirkung — die Entstehung eines Pfandrechts — benimmt (Vergl. Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. VI S. 388, Bd. VIII S. 430, Bd. XI S. 402). Da hier weder die Zustellung der Cession an G. noch ein Verzicht desselben auf die Zustellung stattgefunden hat, so folgert der B. R. mit Recht, daß die Eintragung der Hypothek von 3000 Mark zu Unrecht geschehen ist. Das R. G. hat allerdings in einem (Gruchot, Beiträge Bd. 28 S. 845 abgedruckten) Urtheil vom 17. November 1883 angenommen, daß der Mangel einer Zustellung von Urkunden, vermittels welcher die Rechtsnachfolge des betreibenden Gläubigers dargethan wird, durch eine Nachholung dieses Rechtsaktes geheilt werden könne. Zur Begründung dieser Entscheidung wird bemerkt, daß durch die nachträgliche Zustellung auch die Pfändung zulässig geworden sei, und daß der Schuldner sich nicht in der Lage befinde, mittels des ihm nach § 685 der C. P. O. zustehenden Einrederechts den Mangel der Zustellung zu rügen und die Pfändung zu beseitigen. Der damals entschiedene Rechtsstreit betraf jedoch das Rechtsverhältniß, welches durch die Pfändung zwischen dem betreibenden Gläubiger und dem Schuldner, gegen den sich die Zwangsvollstreckung richtet, entsteht. Nur für diesen Fall hat das R. G. entschieden, daß sich der Schuldner auf das Fehlen der Voraussetzungen des § 671 der C. P. O. nicht berufen könne, daß vielmehr das anfänglich ungültige Pfändungspfandrecht konvaleszire. Um jedes Mißverständniß über die Tragweite der Entscheidung zu verhindern, ist in dem gedachten Urtheile des R. G. ausdrücklich gesagt, es müsse dahingestellt bleiben, ob in dem Falle der Konkurrenz mehrerer Exekutionsgläubiger wegen Nichtbeobachtung der Vorschrift des § 671 Abs. 2 cit. andere Rechtsgrundsätze Platz greifen. Ein solcher Thatbestand, bei dem es sich um das Recht verschiedener Exekutionsgläubiger handelte, lag dem Urtheil des R. G. vom 4. März 1882 (Entscheidungen Bd. VI. S. 388) zu Grunde. Hier hat das Reichsgericht erkannt, daß derjenige

Gläubiger, für welchen ohne Rücksicht auf § 671 cit. gepfändet ist, gegenüber anderen Gläubigern, welche unter Beobachtung der Vorschrift des gedachten Gesetzes haben pfänden lassen, kein Pfandrecht erwirbt. Der Beklagte geht deshalb fehl, wenn er bei Begründung seiner Revision aus dem Urtheil vom 17. November 1883 den Rechtsgrundsatz ableitet, daß jedes Pfandrecht, auch wenn die Bedingungen seiner Entstehung fehlen, durch Nachholung derselben konvaleszire. V. C. S. i. S. Bonisch c. Gredrodt vom 18. April 1888, Nr. 23/88 V.

3. Durch den Ueberweisungsbeschluß erlangt der Gläubiger nach § 737 Abs. 2 zugleich das Recht, vom Schuldner die Herausgabe der über die Forderung vorhandenen Urkunden zu verlangen und zwar im Wege der Zwangsvollstreckung. Sind die Urkunden im Besitze eines Dritten, welcher zur Herausgabe nicht bereit ist, so ist der Gläubiger allerdings auf den Weg der Klage angewiesen, wie dies schon aus dem § 713 der C. P. O. folgt; aber er bedarf zur Anstellung dieser Klage nicht noch einer besonderen gerichtlichen Ueberweisung des Anspruchs seines Schuldners auf Herausgabe der Urkunden im Sinne des § 772 daselbst und können daher auch die etwaigen Erfordernisse eines derartigen Ueberweisungsbeschlusses zur Legitimation des Klägers nicht verlangt werden. Vielmehr muß nach dem im § 737 Abs. 2 enthaltenen Grundsatze, daß dem Schuldner gegenüber die Schuldurkunde als ein Zubehör der Forderung anzusehen sei, mit Ueberweisung der Forderung selbst auch der Anspruch als überwiesen angesehen werden, aus dem Rechte des Schuldners gegen den dritten Inhaber der Urkunden auf Herausgabe derselben zu klagen. Vergleiche Wilmowski und Levy zu § 737 Anmerkung 2. II C. S. i. S. Schweinsmann c. Dahl, vom 10. April 1888, Nr. 13/88 II.

4. Wenn die Revision den Satz aufstellt, daß der Kl., weil er aus dem Rechte seines Schuldners klage, sich alle Einreden gefallen lassen müsse, welche der Bekl. auch seinem Cedenten Wilhelm D. gegenüber würde erheben können, so ist dabei doch eine Unterscheidung zu treffen. Der vorstehende Satz gilt nur von solchen Einreden, die am Tage der Pfändung schon zu Recht bestanden. Da der Schuldner vom Tage der Pfändung an über die Forderungen zum Nachtheile des Gläubigers nicht mehr verfügen konnte, so sind alle Einreden, welche aus den nach der Pfändung stattgefundenen Handlungen des Schuldners geschöpft werden, dem Gläubiger gegenüber hinfällig, wenngleich sie dem Schuldner gegenüber an und für sich begründet sein möchten. Vergleiche Entscheidungen d. R. G. Bd. 8 S. 277. Demnach konnte durch die nach der Pfändung und Ueberweisung erfolgte Cession auch das Recht des Gläubigers auf den Besitz der Urkunden, sofern dieses Recht zur Zeit der Pfändung bestand, nicht mehr alterirt werden, und in soweit bewegt sich der I. R. in einem Rechtsirrthum, wenn er glaubt, daß die Cession dem Bekl. mit Rücksicht auf den für Wilhelm Dahl verfügungsfreien Theil der Forderungen ein mit dem Rechte des Kl. konkurrirendes Recht auf den Besitz der Urkunden gegeben habe. Es bleibt daher nur zu untersuchen, ob der Kl. zur Zeit der Pfändung seinem Schuldner gegenüber das Recht hatte, die Herausgabe der über die Forderungen in ihrem Gesammtbetrage sprechenden Urkunden zu verlangen, obgleich ihm nur ein Theil dieser Forderungen überwiesen war. Hatte der Kl. dieses Recht, so konnte er es nach den vorstehenden Ausführungen auch gegen den Bekl. ausüben, weil dieser die Urkunden dem Kl. gegenüber ohne allen Rechtsgrund besitzen würde. Der § 737 der C. P. O. enthält keine Bestimmung darüber, wie es bezüglich des Besitzes der Schuldurkunde zu halten sei, wenn nicht die ganze Forderung, sondern nur ein Theil derselben dem Gläubiger überwiesen wird, während nur eine Urkunde über die ganze Forderung vorhanden ist. Die Motive zur C. P. O. erwähnen das Preußische für das Rechtsgebiet des A. L. R. erlassene Gesetz vom 4. Juli 1822 (Gesetzsammlung S. 178), und die Kommentare zu C. P. O. bezeichnen dieses Gesetz vielfach als die Quelle der in Rede stehenden Bestimmungen der C. P. O. Jenes Gesetz hatte im § 9 für den Fall einer theilweisen gerichtlichen Uebereignung einer Forderung den Ausweg getroffen, daß für den Gläubiger ein Duplikat des Schulddokuments gefertigt und das Originaldokument mit entsprechendem Vermerke im Besitze des Schuldners belassen wurde. Es kann dahin gestellt bleiben, ob im einzelnen Falle der Zwangsvollstreckungsrichter auch ohne ausdrückliche Bestimmung der C. P. O. berechtigt erscheinen mag, im Interesse beider Parteien eine derartige Auskunft zu treffen (vergleiche Kommentare von v. Bülow zu § 737 und Thatbestand des oben citirten Urtheils, Entscheidungen Bd. 8 S. 277). Jedenfalls kann dieselbe, da in dieser Beziehung in den Instanzen von den Parteien keine Anträge gestellt sind, für die Revisionsinstanz nicht in Frage kommen. Der § 737 Abs. 2 erklärt nun ohne alle Einschränkung den Schuldner für verpflichtet, dem Gläubiger die über die Forderungen vorhandenen Urkunden herauszugeben. Nach dem Sinne des Gesetzes muß diese Vorschrift, da der Gläubiger häufig ohne den Besitz der betreffenden Urkunden nicht in der Lage sein würde, sein Recht geltend zu machen, auch für den Fall gelten, daß nur ein Theil der Forderung, worüber die Urkunde spricht, dem Gläubiger überwiesen wird. Hierbei ist allerdings die aus dem Zwecke des Gesetzes sich von selbst ergebende Einschränkung zu machen, daß der Gläubiger nur den Besitz der Urkunde erhält, um unter Benutzung derselben seine Befriedigung von dem Drittschuldner zu erlangen, und unter der Verpflichtung, sie nach gemachtem Gebrauche an den Schuldner zurückzugeben. II. C. S. i. S. Schweinsmann c. Dahl vom 10. April 1888, Nr. 13/88 II.

Zum Anfechtungsgesetz.

5. Nach § 3 Nr. 2 des A. G. können die in dem letzten Jahre vor der Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruchs geschlossenen entgeltlichen Verträge eines Schuldners angefochten werden. Wenn der Gläubiger, bevor er einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hatte, den Anfechtungsbekl. von der Absicht, das Rechtsgeschäft anzufechten, in Kenntniß setzt, so wird nach § 4 die im § 3 Nr. 2 gedachte Frist von dem Zeitpunkt der Zustellung zurückgerechnet, sofern der Anfechtungsanspruch bis zum Ablaufe von zwei Jahren seit diesem Zeitpunkte rechtshängig geworden ist. Die Absicht des Gesetzes geht einerseits dahin, den Anfechtungsanspruch des Gläubigers, welcher in der kurzen Frist von einem Jahre noch keinen vollstreckbaren Schuldtitel hat erlangen können, nicht zu vereiteln. Andererseits sollte der Anfechtungsbekl. gesichert werden, daß der vom Gläubiger prätendirte Anspruch innerhalb der gesetzlichen Frist prozessualisch geltend gemacht werde (Motive zum A. G. S. 20). Diesem Zwecke des Gesetzes wird aber ebensowohl genügt, wenn der Gläubiger

auf die gegen ihn erhobene Klage sich durch die Einrede der Anfechtung (oder durch Widerklage) vertheidigt, als wenn er selbst die Anfechtungsklage anstellt. In beiden Fällen muß eine Entscheidung des Richters über den Anfechtungsanspruch erfolgen. Es läßt sich nicht denken, daß der Gesetzgeber den Anfechtungsgläubiger hat zwingen wollen, einen vom Anfechtungsbekl. gegen ihn eingeklagten Anspruch (wie hier) zuzugestehen, und gleichzeitig, um dem § 4 cit. zu genügen, eine besondere Klage auf Ungültigkeit desselben Anspruchs anzustellen. Das R. G. hat sich deshalb der Ansicht derjenigen Rechtslehrer angeschlossen, welche die Geltendmachung des Anfechtungsanspruchs durch Einrede als der Vorschrift des § 4 cit. entsprechend erachten. (Vgl. Jaeckel, A. G. S. 130 Note 7 und die dortigen Citate). Daß die Frist hier gewahrt ist, steht nicht in Frage. V. C. S. i. S. Mann c. Braunkohlenbergwerk Carl, Ferdinand und Robert vom 21. April 1888, Nr. 39/88 V.

Zum Gerichtskostengesetz.

6. Die Entscheidung des B. R. beruht auf der Auslegungsregel, daß letztwillige Verordnungen möglichst dem erkennbaren Willen des Testirenden gemäß auszulegen sind (cf. § 518 Thl. I Tit. 12 A. L. R.). Daß dieser Grundsatz auch für die Auslegung von Erbeseinsetzungserklärungen maßgebend ist, ergiebt sich aus § 4 a. a. O. „Jede Erklärung eines Testators, woraus erhellt, daß er nach seinem Tode den Inbegriff seines Nachlasses einer oder mehreren Personen zuwenden wolle, ist für eine Erbeseinsetzung zu achten." Muß nun hiernach die Auslegung letztwilliger Verordnungen, um diesem Zwecke zu entsprechen, grundsätzlich eine freie sein, so findet freilich auch sie — wie jede Auslegung — ihre Grenze daran, daß der vorausgesetzte Wille aus der Erklärung noch zu entnehmen sein muß, weil sonst eine, Mangels gesetzlicher Vermuthungen unstatthafte, Ergänzung der Erklärung Platz greifen und zur Anerkennung eines in der vorgeschriebenen Form nicht erklärten Willens führen würde. IV. C. S. i. S. Döring c. Richard vom 19. April 1888 Nr. 12/88 IV.

II. Das Handelsrecht.

7. Wenn Art. 22 die Fortführung der Firma an die Einführung des bisherigen Geschäfts-Inhabers oder dessen Erben u. s. w. knüpft, so ist diese letztere Bezeichnung nicht in einem engeren Sinne von einer bestimmten Klasse von Erben, sondern im weiteren Sinne als gleichbedeutend mit Universal-Successoren aufzufassen. Ersichtlich geht es nicht an, den Art. 22 cit., welcher für das Gebiet der sämmtlichen deutschen Bundesstaaten Geltung hat, mit Rücksicht auf die Bestimmungen des partikulären Rheinischen Rechts, welches zwischen Erben — héritiers — im engeren Sinne, und Erbfolgern — successeurs irréguliers — einen Unterschied macht, einschränkend auszulegen, und letztere, welchen unbedenklich die Eigenschaft von Universal-Successoren zukommt, bei der Anwendung desselben ausschließen zu wollen. Es will auch vom rechtlichen Standpunkte ein Grund dafür nicht einleuchten, daß dem natürlichen, anerkannten Kinde oder dem überlebendem Ehegatten eines Verstorbenen die Befugniß versagt sein solle, das von letzteren betriebene Handelsgeschäft mit der bisherigen Firma an einen Dritten zu übertragen. Allerdings hat nun die Erbfolge des Staates ihre Besonderheiten, die aber, was die vorliegende Frage angeht, für die Rechtsstellung desselben nicht in Betracht kommen können. Das Gesetz hat, was die Ausdrücklichkeit der Anweisung betrifft, ersichtlich den gewöhnlichen Fall vor Augen, wo von den Betheiligten bei der Uebertragung des Geschäfts zugleich die Einwilligung bezüglich der Beibehaltung der Firma erklärt wird. Das schließt aber selbstverständlich nicht aus, daß in einem Falle der vorliegenden Art wo die Veräußerung von einem Vertreter des Berechtigten geschieht, die allgemeinen Grundsätze über die Genehmigung mit ihren rechtlichen Wirkungen zur Anwendung kommen. Wenn sodann das Gesetz eine ausdrückliche Einwilligung fordert, so ist diese doch an eine bestimmte Form nicht geknüpft; dasselbe will nicht, daß die Einwilligung vermuthet oder aus den Umständen gefolgert werde, und es kommt daher nur darauf an, daß sie, wenn auch nicht expressis verbis, zum Ausdrucke gebracht sei. Vergl. Behrend Handelsrecht, Band I. p. 258 not. 36; Endemann Handbuch I. p. 207 not. 21; Entscheidungen des R. O. H. G. Band X. p. 291. II. C. S. i. S. Chartier und Scheibler c. Froitzheim vom 20. April 1888, Nr. 44/88 II.

8. Französisch-rechtlicher Fall. Wie das R. G. bereits in einer früheren Entscheidung (Reichsgerichts-Entscheidungen in C. S. Bd. I, S. 58) ausgeführt hat, ist der Begriff des Kaufs in dem H. G. B. nicht bestimmt. Dasselbe hat sich in Art. 338 darauf beschränkt, in Betreff der Verträge über Lieferung vertretbarer Sachen die durchgreifende, alle landesrechtliche Besonderheiten beseitigende Vorschrift zu geben, daß sie nach den Bestimmungen über den Kauf zu beurtheilen seien, im Uebrigen aber die Beantwortung der Frage, was Kauf sei, dem bürgerlichen Rechte (Art. 1 des H. G. B.) überlassen. Nach dem hier maßgebenden rheinisch-französischen Rechte liegt aber, ungeachtet der zu liefernde Kessel von der Bekl. erst anzufertigen war, ein Kauf vor, woran auch die übernommene Nebenverbindlichkeit der Montirung nichts ändert. Auch bei der Werkverdingung gelten, wenn der Unternehmer den Stoff zu dem anzufertigenden Werke zu liefern hat, abgesehen von den Art. 1787 bis 1799 des cc. die Grundsätze über den Kauf. II C. S. i. S. Busch u. Comp. c. Büttner vom 10. April 1888, Nr. 16/88 II.

III. Das Gemeine Recht.

9. Unter welchem Gesichtspunkte man auch für die Vergangenheit eine auf den Rheinoctrol radicirte Reallast konstruiren, ja sogar wenn man die streitige Rente schon deshalb als ein unbewegliches Recht ansehen wollte, weil der Ertrag des Rheinoktrois nach § 39 des Reichsdeputationshauptschlusses theilweise zur Sicherheit der Rentenanweisungen, „verhypotheeirt" sei, so galt das Alles doch nur während des Bestandes des Octroi selber. Mit dem Augenblicke aber, wo diese Abgabe durch Landesgesetzgebung und Staatsverträge der betheiligten Regierungen in Wegfall kam, also für die deutschen Rheinuferstaaten mit dem in den Friedensverträgen Preußens mit Baden (17. August 1866, Art. 9), mit Baiern (22. August 1866, Art. 10) und mit Hessen (3. September 1866. Art. 12) — festgesetzten Termine vom 1. Januar 1867, — (vergl. außerdem Preußisches Gesetz vom 24. Dezember 1867 § 1 und Art. 3 der revidirten Rheinschifffahrtsakte vom 17. Oktober 1868) erlosch auch die mit dem Rheinoctrol in Zusammenhang stehende Verpflichtung zur Rentenzahlung mindestens als dingliche Last und es ist nunmehr, wenn überhaupt, nur noch eine rein

persönliche Verbindlichkeit der Rheinuferstaaten übrig geblieben, welcher, wie nachgewiesen, keineswegs die Eigenschaft eines Immobiles inne wohnt. III C. S. i. S. Graf Neu-Leiningen c. Alt-Leiningen vom 30. Dezember 1887, Nr. 99/87 III.

10. Will der Dienende den Dienstherrn wegen Verletzung der dem letzteren aus dem Vertrage obliegenden Verbindlichkeiten auf Schadensersatz in Anspruch nehmen, so hat er allerdings die von ihm behauptete Obliegenheit und die Kausalität zwischen derselben und dem Schaden darzulegen; dagegen ist es nicht Aufgabe des Dienenden, auch die Nichterfüllung der Obliegenheit zu beweisen; vielmehr hat nach allgemeinen Grundsätzen der aus dem Vertrage verpflichtete Dienstherr die Erfüllung seiner Verbindlichkeit nachzuweisen. Es ist kein Grund erfindlich, in Ansehung der Beweislast den Dienstmiethevertrag anders aufzufassen als andere Obligationsverhältnisse, aus welchen der Schuldner zu einer Leistung verpflichtet ist und dem Nachweise der Obligation gegenüber beweisen muß, daß er gehörig geleistet oder ein Zufall ihm die gehörige Leistung unmöglich gemacht hat; zu den Verpflichtungen des Dienstherrn gehört die Ertheilung einer entsprechenden Instruktion, wenn dem Dienenden eine mit Gefahren verbundene Arbeit übertragen wird, es sei denn, daß der Dienende schon ausreichend unterrichtet ist; im Streitfalle muß daher der Dienstherr auch beweisen, daß er diese kontraktliche Verpflichtung erfüllt hat. III. C. S. i. S. Eltzner c. Kindermann und Hoffmann vom 13. April 1888, Nr. 20/88 III.

11. Der B. R. hat in jure geirrt, wenn er davon ausgegangen ist, daß Kl. zur Begründung seiner Aktivlegitimation genug gethan habe, indem er sein Erbrecht an dem Nachlaß seiner Schwester nachweise, während es Sache des Bekl. sei, darzuthun, daß der Kl. nicht allein, sondern zusammen mit der Mutter Erbe seiner Schwester geworden sei. Er begründet diese Ansicht durch den Hinweis darauf, daß nach den für den vorliegenden Fall allein maßgebenden römischen Rechtsgrundsätzen über das Accreszenzrecht derjenige, welcher ein **alleiniges** Erbrecht geltend macht, überhaupt nur seinen Erbrechtstitel und seinen Erbschaftserwerb nachzuweisen brauche und es Sache des Gegners, welcher ein Miterbrecht in Anspruch nimmt, sei, seinerseits darzuthun, daß er zum Miterben berufen und Miterbe geworden ist. Der B. R. übersieht jedoch, daß diese Grundsätze wohl auf einen Erbschaftsstreit mehrerer Erbschaftsprätendenten unter einander Anwendung leiden, nicht aber auf einen Fall wie der vorliegende, wo ein in der Person des Erblassers gegen einen Dritten entstandener Anspruch gegen diesen Schuldner zur Geltung gebracht wird. In dem ersteren Fall — dem einer hereditatis petitio — handelt es sich darum, ob neben dem Erbrecht des Kl. ein dasselbe beschränkendes Erbrecht des Bekl. besteht und, wenn ein solches besteht, ob es zum Erwerb der Erbschaft und damit zur Beschränkung des klägerischen Erbrechts geführt hat. Hier nimmt das Vorbringen den Charakter einer selbstständigen Einrede an, die vom Bekl. zu erweisen ist. Anders in dem vorliegenden Falle, wo der Kl. eine Forderung des Erblassers als dessen Erbe gegen den Schuldner einklagt. Hier gehört zur Begründung der **Klage**, daß die Forderung auf den Kl. und zwar, wenn er sie ganz geltend macht, ausschließlich auf den Kl. vererbt worden sei, mithin zum **Klagbeweis**, daß der Kl. der **alleinige** Erbe geworden sei, und zwar, wenn, wie hier unbestritten, **neben** dem Kl. noch eine andere Person (die Mutter) als Erbin berufen ist, daß diese die ihr zur Hälfte angefallene Erbschaft nicht erworben habe (cfr. Entscheidungen des R. G. Bd. 8 p. 171 fg.). III. C. S. i. S. Ostrogge c. Ostrogge vom 17. April 1888, Nr. 16/88 III.

(Schluß folgt.)

Die Berichtigung des Urtheils auf Grund des § 290 C. P. O.

Kläger hatte beim Amtsgericht auf Zahlung von 252 Mark Kaufpreis geklagt; diesen demnächst um 10 Mark ermäßigten Anspruch hatte der Beklagte an sich anerkannt, aber dagegen die Beträge von 109 Mark für gelieferte Lupine und von 114 Mark Sackleihgeld zur Aufrechnung gestellt und deshalb Abweisung der Klage beantragt; zugleich auch widerklagend die Herausgabe von 156 Säcken verlangt. Zu dieser Herausgabe erklärte sich Kläger für den Fall der Befriedigung der Klageforderung bereit, während er die Gegenforderung an Leihgeld bestritt und der Gegenforderung von 109 Mark seinerseits 4 Ansprüche im Gesammtbetrage von 121 Mark entgegenstellte. Nachdem der über diese 4 Ansprüche aufgenommene Beweis nur bezüglich des einen Postens von 9 Mark gelungen, verurtheilte das Amtsgericht, indem es die Leihgeldforderung des Beklagten für unbegründet erachtete, denselben zur Zahlung von 132 Mark und auf die Widerklage den Kläger zur Herausgabe der 156 Säcke nach Bezahlung der ihm zugesprochenen Summe, während die Kosten halbirt bezw. kompensirt wurden. Die hiergegen Seitens des Klägers wegen der nicht zuerkannten 100 Mark erhobene Berufung wurde verworfen, dagegen auf die Berufung des Beklagten, welcher die Leihgeldforderung aufrecht erhielt, das erste Urtheil dahin abgeändert, daß Kläger und Widerbeklagter an Leihgeld und statt der herauszugebenden 156 Säcke 57 Mark zahlen sollten; die Kosten erster Instanz wurden dem Beklagten, die der Berufung mit 1/3 dem Beklagten und mit 2/3 dem Kläger auferlegt. Dieser Kostenpunkt war in den Gründen nur dahin begründet worden, daß er sich durch §§ 87, 88 C. P. O. erledige. Auf Antrag des Beklagten berichtigte jedoch das Berufungsgericht unter der Annahme eines offenbaren Rechnungsfehlers das ergangene Urtel dahin, daß die gerichtlichen Kosten erster Instanz zu halbiren, die außergerichtlichen zu kompensiren seien, ein Beschluß, welcher auf erhobene Beschwerde aufgehoben wurde, weil es sich um eine materielle, als solche auch formell im Urtelstenor ausgedrückte Entscheidung handle und der Fall des § 290 C. P. O. nicht gegeben sei.

Auf weitere Beschwerde des Beklagten hat der I. C. S. des Reichsgerichts durch Beschluß vom 21. Dezember 1887 den landgerichtlichen Beschluß wiederhergestellt unter folgender Begründung.

„Prüft man die Prozeßlage, auf welcher die Urtheile erster und zweiter Instanz beruhen, und die Auffassung, welche das Berufungsgericht in Betreff der Streitpunkte kundgegeben hat, so ist ein Gedankengang, durch welchen sich für das Berufungsgericht ein Ergebniß, wie das in Betreff der erstinstanzlichen Kosten verkündete, hätte vermitteln können, gar nicht erfindlich,

Kläger war in erster Instanz etwa mit der Hälfte seines Anspruchs abgewiesen worden und die Beweisaufnahme, die stattgefunden, war, abgesehen von einem verschwindend kleinen Betrage, gerade in Bezug auf den abgewiesenen Theil des Anspruchs erfolgt. Diese Sachlage, welcher die amtsgerichtliche Entscheidung des Kostenpunktes entsprach, erfuhr in der Berufungsinstanz keine Aenderung zu Gunsten des Klägers; seine Berufungsanträge wurden zurückgewiesen, dagegen erreichte der Beklagte eine theilweise Aenderung des ersten Urtheils. Das Maß des Obsiegens und Unterliegens der beiden Parteien in zweiter Instanz, wie es dem Berufungsgericht zum Bewußtsein gekommen, ergiebt sich aus der von ihm bewirkten Vertheilung der zweitinstanzlichen Kosten. Damit erscheint bei dieser Sachlage eine Absicht, die amtsgerichtliche Kostenentscheidung zum Nachtheile des Klägers zu ändern, unvereinbar. War die betr. Kostenentscheidung vom Standpunkte des Gerichts erster Instanz richtig, so konnte sie durch die veränderte Beurtheilung der Hauptsache Seitens des Berufungsgerichts schlechterdings nicht diese Aenderung erfahren. Daß aber letzteres die erstrichterliche Kostenentscheidung auch bei Beurtheilung der Sachlage vom Standpunkt des ersten Richters habe mißbilligen wollen, dafür fehlt es in den Entscheidungsgründen an jedem Anhalt. Dem Allegat der §§ 87, 88 C. P. O. kann keine andere Bedeutung beigemessen werden, als daß wegen des theilweisen Obsiegens und Unterliegens jeder Partei eine verhältnißmäßige Theilung einzutreten habe. Die verkündete Entscheidung, Beklagter habe die Kosten erster Instanz zu tragen, ist ein für den Urtheilsinhalt nach dessen ersichtlichem Zusammenhange fremdes Element, von dem nur angenommen werden kann, daß es statt der Aufnahme der entsprechenden erstinstanzlichen Entscheidung entweder durch ein reines Versehen bei der Formulirung oder durch die derzeitige unrichtige Vorstellung, es entspreche dies der erstrichterlichen Kostenentscheidung, in das Berufungsurtheil gelangt ist."

Es ist anzuerkennen, daß vorstehender Beschluß dem materiellen Rechte zum Siege verholfen hat; dagegen erscheint es sehr fraglich, ob derselbe mit dem geltenden Prozeßrechte zu vereinbaren ist. Der § 290 C. P. O. gestattet zwar die Berichtigung der im Urtheile enthaltenen Schreib- und Rechnungsfehler sowie ähnlicher offenbarer Unrichtigkeiten; allein ein Schreib- oder Rechnungsfehler liegt jedenfalls nicht vor, und auch eine „ähnliche offenbare Unrichtigkeit" ist nicht vorhanden. Was hierunter zu verstehen sei, ist im Gesetze nicht gesagt, die Motive verweisen aber auf das bisherige Recht und geben dadurch zu erkennen, daß letzteres durch § 290 nicht hat geändert werden sollen. Nun bestimmt der § 1 A. G. O. I 14, daß „irgend ein Irrthum in Worten, Namen oder Zahlen" berichtigt werden könne; ebenso unterliegen nach der Hannöv. P. O. § 360 und dem Preuß. Entw. von 1864 „Schreibfehler, Versehen in einzelnen Worten und Zahlen sowie bloße Rechnungsfehler" der Berichtigung. Mit Recht beziehen daher die Kommentatoren der C. P. O. den § 290 auf solche Unrichtigkeiten, welche sich sofort als Versehen erkennen lassen, wie Versehen in der Bezeichnung der Parteien, der Richter, der Grundbuchs- oder Katasternummer oder des streitigen Grundstücks, während Kleiner sogar die Auslassung oder Beisetzung des Wortes „nicht", „oder", „und" sowie die Aenderung des „Kläger" in „Beklagter" im Tenor für ausgeschlossen erachtet. Im vorliegenden Falle ergiebt das Urtheil nichts dafür, daß der Berufungsrichter die erstinstanzliche Kostenentscheidung gebilligt und sich nur bei der Formulirung des Tenors versehen habe; es enthält vielmehr eine selbstständige, mit der Berufung auf die §§ 87, 88 begründete Kostenentscheidung. Ob diese aber der wahren Sachlage entspricht oder wegen Verkennung derselben eine offenbar unrichtige ist, kann nicht den Gegenstand der Berichtigung bilden. Die Ansicht des Reichsgerichts, welche die unrichtige Vorstellung von der erstrichterlichen Kostenentscheidung für genügend erachtet, führt zu der Konsequenz, die Berichtigung auch dann zu gestatten, wenn der Richter eine unrichtige Vorstellung von dem Inhalte des anzuwendenden Gesetzes hatte; d. h. es wird die Unwiderruflichkeit des Urtheils zu einem großen Theile aufgehoben und der Rechtsunsicherheit Thür und Thor geöffnet.

M.

Zu dem Artikel Zwangsvollstreckung und Widerstand in der Nr. 17 der Juristischen Wochenschrift.

Die Ausführungen in dem Artikel „Zwangsvollstreckung und Widerstand", in welchem verlangt wird, daß vor der Zwangsvollstreckung eine Zustellung des Urtheils an den Schuldner selbst, nicht bloß an den Prozeßbevollmächtigten stattfinde, dürfen, wie mir scheint, nicht ohne Widerspruch bleiben.

Eine Erschwerung der Zwangsvollstreckung oder der ihr vorausgehenden Förmlichkeiten dürfte nicht im Interesse der Rechtspflege liegen und den Anwälten nicht erwünscht sein.

Die gemeinrechtliche Judikatsfrist bedurfte keines Ersatzes, weil sie an sich ungerechtfertigt war. Das Urtheil legt dem Schuldner nicht etwa eine bis dahin nicht vorhanden gewesene Verpflichtung auf, sondern es spricht nur aus, daß eine solche besteht und in der Regel schon recht lange, mindestens seit Erhebung der Klage in fälligem aber unerfülltem Zustande bestanden hat. Wenn es trotzdem dem Schuldner noch wieder eine Frist gewährt, so geschieht dem Gläubiger Unrecht. Man hat daher allen Grund, sich der Befürwortung einer solchen Frist zu widersetzen.

Die Voraussetzungen der in dem fraglichen Artikel beklagten Ueberraschung oder gar Ueberrumpelung des Schuldners mit einem ihm völlig unbekannten Schuldtitel liegen offenbar nicht oder doch so ausnahmsweise selten vor, daß sie eine gesetzgeberische Berücksichtigung nicht verdienen.

Dem Urtheil geht stets die Zustellung der Klage mit dem bestimmten Klageantrage und der Ladung zum angesetzten Termine voraus. Der Beklagte weiß also sehr wohl, was ihm bevorsteht. Es ist seine Schuld, wenn er weder im Termine auftritt, noch sich unmittelbar nach demselben über den Ausfall unterrichtet.

Läßt er sich durch einen Bevollmächtigten vertreten, so ist es Sache desselben, den Schuldner von einer Verurtheilung sofort zu benachrichtigen. Diese Benachrichtigung trifft naturgemäß früher bei dem Schuldner ein, als die Zustellung des ausgefertigten Urtheils bei dem Bevollmächtigten, von welcher der Beginn der Zwangsvollstreckung abhängt. Die Möglichkeit einer Säumigkeit des Bevollmächtigten kann nicht Anlaß für eine Belastung des Gegners sein.

Eine solche bringt aber die Vorschrift einer Zustellung des Urtheils an den Schuldner selbst zweifellos mit sich. Sollte das Erforderniß der Zustellung an den Bevollmächtigten damit wegfallen, so würde darin nicht nur eine recht bedenkliche Durchbrechung des gesammten Zustellungssystems der C. P. O. liegen, sondern es würden auch praktische Nachtheile die unmittelbare Folge sein. Der Anwalt würde leicht überhaupt nicht in den Besitz des zugestellten Urtheils gelangen, wenigstens nicht alsbald und nicht immer mit sorgfältig bewahrter Zustellungsurkunde.

Sollte aber die Zustellung an den Bevollmächtigten daneben bestehen bleiben und von dieser die Rechtsmittelfrist, von jener die Zwangsvollstreckung abhängig gemacht werden, so würden die Formalitäten unerträglich sein.

In Wirklichkeit erscheint es kaum denkbar, daß ein Schuldner über die Berechtigung des Gerichtsvollziehers zur Zwangsvollstreckung sich sollte im Zweifel befinden können, zumal der Gerichtsvollzieher für verpflichtet gelten muß, auf Verlangen sich durch den in seinen Besitz befindlichen vollstreckbaren Schuldtitel auszuweisen (cf. §§ 675, 676, 677 C. P. O. preuß. Geschäftsanweisung für die Gerichtsvollzieher § 49 Abs. 3).

Dr. Th.

Aus der Praxis.

In einem Beschluß des ersten Civilsenats des Königlichen Oberlandesgerichts zu Cöln heißt es:

Die Beschwerde ist nach § 229 der C. P. O. zulässig; sie ist aber auch sachlich begründet. Hat, wie der Beschwerdeführer in seiner Beschwerdeschrift behauptet, das Sitzungsprotokoll aber allerdings nicht nachweist, der Rechtsanwalt R. Namens des Prozeßbevollmächtigten des Beklagten dem Vertagungsantrage des klägerischen Anwalts zugestimmt, so liegt einer der beiden Fälle des § 228 der C. P. O., in welchem das Verfahren ruhen soll, augenscheinlich nicht vor, und das Gericht hat daher mit Unrecht entgegen dem nach § 205 Absatz 2 in Verbindung mit § 202 Absatz 1 zulässigen Vertagungsantrage beider Parteien das Verfahren für ruhend erklärt. Aber auch, wenn der beklagtische Anwalt nicht zugestimmt hatte, die Vertagung vielmehr in Abwesenheit desselben einseitig vom klägerischen Anwalt beantragt worden war, durfte das Gericht diesen Antrag nicht zurückweisen.

Dies folgt aus den Worten des § 300 „unbeschadet des Rechts der erschienenen Partei, die Vertagung der mündlichen Verhandlung zu beantragen."

Dieselben geben nach ihrer allgemeinen Fassung der erschienenen Partei das unbedingte Recht gegenüber der nicht erschienenen die Vertagung zu beantragen und beschränken solches nicht etwa blos auf die in Nr. 1, 2, 3, des § 300 aufgeführten Fälle, in welchen der Erlassung eines Versäumnißurtheils Hindernisse entgegenstehen. Wollte man letzteres annehmen, so würde das Gericht in jedem einzelnen Falle, in welchem die erschienene Partei gegen die nicht erschienene statt des Versäumnißurtheils die Vertagung beantragt, eine Untersuchung darüber anstellen, ob einer der drei Hinderungsgründe eines Versäumnißurtheils vorliege, was um so weniger in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben kann, als die Vermeidung eines Versäumnißurtheils unter Umständen im Interesse der erschienenen Partei liegen mag. In diesem Sinne wird der § 300 auch von Doktrin und Rechtsprechung ganz überwiegend aufgefaßt (vgl. Wilmowsky und Levy Komm. § 300 Anm. 2 Gaupp Komm. II S. 194, Hellmann Komm. II S. 177, von Sarwey Komm. I S. 458, Struckmann und Koch, Komm. 5. Aufl. § 300. Anm. 1).

Es war deshalb die Entscheidung des Gerichts, durch welches die Sache für ruhend erklärt wird, aufzuheben und, damit das Verfahren wieder in den regelrechten Gang kommt, der Vorsitzende anzuweisen, alsbald von Amtswegen einen neuen Verhandlungstermin anzuberaumen. Der Kostenpunkt regelt sich nach den §§ 6 und 45 des Gerichtskostengesetzes und § 87 der C. P. O.

Zulässigkeit der Berufung im Zwangsvollstreckungsverfahren. Beschluß oder Urtheil? Wann handelt es sich lediglich um den Kostenpunkt?

Landgericht Wiesbaden 26. Januar 1887.

In einem wegen Ausübung eines Insitzrechts bei einem Amtsgericht anhängigen Prozesse hatten die Parteien sich dahin verglichen, daß Beklagter eine in einem Insitzraum vorgenommene Aenderung wiederherstellen müsse. Kläger behauptet, die Herstellung sei nicht ordnungsmäßig erfolgt und beantragte, ihn zu ermächtigen, die Wiederherstellung auf Kosten des Beklagten vorzunehmen. Nach mündlicher Verhandlung und durchgeführtem Beweisverfahren nahm Kläger seinen Antrag zurück und beantragte den Beklagten in die Kosten des Zwangsvollstreckungsverfahrens zu verurtheilen, während Beklagter um kostenfällige Abweisung des Zwangsvollstreckungsantrags bat. Das Amtsgericht erkannte, es sei bei der Erklärung des Klägers, daß er seinen Zwangsvollstreckungsantrag fallen lasse, zu belassen unter Verurtheilung des Beklagten in die Kosten.

Beklagter legte Berufung ein und beantragte kostenfällige Abweisung des Zwangsvollstreckungsantrags. Die Berufung ist als unzulässig verworfen und zwar mit folgender Motivirung: Nachdem der Rechtsstreit durch Vergleich seine materielle Erledigung gefunden, mußte nothwendig ein noch ergehendes Endurtheil des materiellen Inhalts entbehren und konnte nur noch die Natur eines Beschlusses haben. In der That hat das angefochtene Urtheil ohne eine Entscheidung in der Hauptsache zu geben, lediglich eine Entscheidung in Betreff der Kosten zum Gegenstande; gegen eine solche allein aber ist nach § 94 C. P. O. eine Anfechtung nicht zulässig.

Literatur.

V. Kostenwesen.

Carl Pfafferoth, Kanzleirath im Reichsjustizamt: Die Gebühren-Ordnung für Rechtsanwälte vom 7. Juli 1879 nebst Landesgebührengesetzen. Erläutert und für den praktischen Gebrauch bearbeitet. 201 S. Berlin 1888, W. Moeser Hofbuchhandlung.

Trotz der Unsicherheit unserer Gebührenverhältnisse hat sich der Verfasser nicht abschrecken lassen, nach seinem bewährten,

schon in 4. Auflage vorliegenden Kommentar zum Gerichtskostengesetz einen gleichen Kommentar zur Gebührenordnung zu geben. Die Arbeitsweise ist dieselbe, das Material auch hier so reichhaltig wie dort. Der Verfasser gehört nicht nur zu den Wenigen, die das Kostenwesen wirklich kennen; er ist auch den besonderen Schwierigkeiten nicht aus dem Wege gegangen, die sich daraus ergeben, daß die Kostenbestimmungen vielfach feine Begriffe des Prozeßrechts zur Grundlage haben.

Die Bestimmungen des Landesgebührenrechts sind, jedoch nur soweit sie ein gerichtliches oder Verwaltungsstreitverfahren betreffen, zum Theil abgedruckt und erläutert (für Preußen, Baiern, Sachsen, Württemberg und Baden), im übrigen angeführt.

Soeben sind erschienen und durch alle Buchhandlungen zu beziehen:

Entwurf eines Gesetzes, betr. die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften nebst Begründung und Anlage. Amtliche Ausgabe. 320 S. gr. 8°. Geh. M. 3.—.

☛ Die Anlage enthält die Gesetze über Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften in Bayern, Oesterreich, Schweiz, England, Belgien, Frankreich, Italien.

Ueber Proberelationen. Eine Mittheilung aus der Justizprüfungskommission. 60 S. gr. 8°. Geh. M. 1.—.

Verlag von Franz Vahlen in Berlin.
W. Mohrenstraße 13/14.

Ein **Rechtsanwalt** in einer größeren Stadt der Mark Brandenburg sucht zum 1. Juli d. J. einen tüchtigen, in der Notariatsarbeit bewanderten **Büreauvorsteher** und bittet etwaige Meldungen mit einer Mittheilung über die Verhältnisse des Bewerbers und unter Beifügung der Zeugnisse unter **S. Z. 56** an die Expedition dieses Blattes einzusenden.

Gesucht z. sofort oder z. 1. Juni ein **Büreauvorsteher** (womögl. Stenograph), der absolut zuverlässig und gründlich alle Zweige der Anwaltschaft und des Notariats bearbeitet. Off. unter Darlegung der geg. Verhältnisse u. Gehaltsanspr. unter **X. Y. 11** a. d. Exp.

Büreauvorsteher, 30 J. alt, 14 J. beim Fach, gew. und zuverlässig, sucht per 1. Juli a. cr. in Berlin Stellung. Offerten sub **M. W. 34** an die Expedition dieses Blattes erbeten.

Büreauvorsteher,

selbstständiger Arbeiter, auch im Notar., sucht gestützt auf gute Zeugn. Stellung in Prov. Sachsen. Gefällige Offerten unter **V. B. 893** an Haasenstein & Vogler, Magdeburg erbeten.

Rechtsanwalts-Büreauvorst. m. best. Schuldleg., vorzügl. Zeugn. f. sof. Stllg. Gefl. Off. sub **H. B.** Expd. d. Bl.

Assessor wünscht Vertr. d. R.-Anw. — **K. 9.**

Ein **Rechtsanwalt,** welcher sich in Berlin niederlassen will, findet in bester Gegend ein passendes Büreau und einen Büreauvorsteher mit umfangreichen Bekanntschaften.

Adressen erbeten sub **F. C. 835.** Rudolf Mosse, Berlin, W. Friedrichstr. 66.

Im unserm Verlage erschien soeben:

Die Gebührenordnung für Rechtsanwälte

vom 7. Juli 1879

nebst Landesgebührengesetzen.

Erläutert und für den praktischen Gebrauch bearbeitet

von

Carl Pfafferoth

Kanzleirath im Reichsjustizamt.

☛ Preis 13½ Bogen groß 8° brochirt 4 Mark, in Original-Callica-Einband 5 Mark. ☚

Für den Werth und die praktische Brauchbarkeit des in jeder Anwaltstube unentbehrlichen Buchs bürgt schon der Name des Verfassers, der durch sein weitverbreitetes und autoritativen Ansehens sich erfreuendes Werk über das Gerichtskostenwesen (4. Aufl.), durch sein 1879 erschienenes Handbuch für das Anwaltsgebührenwesen, wie auch durch zahlreiche Abhandlungen über Gebührenfragen in der Juristischen Wochenschrift in den Anwaltskreisen wohlbekannt ist. Dafür zeugt auch die Thatsache, daß sowohl der Königlich Preußische Herr Justizminister wie der Vorstand des Deutschen Anwaltvereins in ihren Organen auf das Buch aufmerksam gemacht bezw. dasselbe offiziell empfohlen haben.

Das Buch ist durch jede Sortimentsbuchhandlung sowie durch die Verlagsbuchhandlung zu beziehen und wird gegen Einsendung des Betrages direct franco per Post übersandt.

Berlin S. **W. Moeser Hofbuchhandlung.**
Stallschreiberstr. 34. 35.

Alfred Lorentz in **Leipzig,** Kurprinzstraße 10 kauft zu höchstem Preise:

Entscheid. d. Reichsgerichts in Civilsachen. Handelsarchiv, Deutsches 1870 — 84. Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 1—7 mit Beilageheften.

Amtstrachten

für Richter, Rechtsanwälte und Gerichtsschreiber in jeder Ausführung zu besonders billigen Preisen. Herren-Garderoben jeder Art werden auf Bestellung angefertigt. Guter moderner Sitz, streng reelle Bedienung, solide Preise garantirt. Stoffproben und Preiscourante werden auf Wunsch frei zugesandt.

Erste Productiv-Genossenschaft Berliner Schneider (E. G.)
Berlin S., Kommandantenstraße 61.
Der Vorstand: **Ed. Siebert, R. Krause,** Schneidermeister.

Carl Heymanns Verlag, Berlin W.
Rechts- und Staatswissenschaftlicher Verlag.

Das Deutsche Gerichtskostenwesen

enthaltend

das Gerichtskostengesetz und die Gebührenordnungen

für Zeugen und Sachverständige — sowie für Gerichtsvollzieher.

Für den praktischen Gebrauch

bearbeitet von **Carl Pfafferoth,** Kanzleirath im Reichs-Justizamt.

Vierte vermehrte und verbesserte Auflage. Gebunden Mark 5.

Für die Redaktion verantw.: S. Haenle. Verlag: W. Moeser Hofbuchhandlung. Druck: W. Moeser Hofbuchdruckerei in Berlin.

№ 26. Berlin, 2. Juni. 1888.

Juristische Wochenschrift.

Herausgegeben von

S. Haenle, Justizrath, Rechtsanwalt in Ansbach. und M. Kempner, Rechtsanwalt beim Landgericht I. in Berlin.

Organ des deutschen Anwalt-Vereins.

Preis für den Jahrgang 20 Mark. — Inserate die Zeile 40 Pfg. — Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt.

Inhalt.

Aufsätze für die Juristische Wochenschrift, welche acht Spalten überschreiten, können nur ausnahmsweise angenommen werden. Aufsätze, welche sich auf Angelegenheiten des Anwaltstandes und die Reichsjustizgesetze beziehen, erhalten den Vorzug.

Die Redaktion.

Der Anspruch auf die im § 78 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte bestimmte Vergütung steht dem Rechtsanwalt nicht zu, wenn die Geschäftsreise von einem zwar zwei Jahre im Vorbereitungsdienste beschäftigten, aber nicht gemäß § 25 Absatz 2 der Rechtsanwalts-Ordnung zu dessen Stellvertreter bestellten Rechtskundigen gemacht ist.

Beschluß der vereinigten Civilsenate vom 9. April 1888 i. S. Halbweck c. Obermeier 78/86 V.

Gründe:

Das Landgericht zu Bielefeld hatte, als Prozeßgericht, das Amtsgericht zu Minden um Vernehmung eines Sachverständigen ersucht. Zur Wahrnehmung des Beweisaufnahme-Termins bestellte sich der von den Klägern zur Führung des Prozesses bevollmächtigte, zu Bielefeld wohnhafte Rechtsanwalt zum Vertreter einen im Justizdienste befindlichen, mindestens zwei Jahre im Vorbereitungsdienste beschäftigten Referendar. Letzterer hat (auf Grund dieser Vertretungsvollmacht) jenen Termin wahrgenommen und zu diesem Zwecke die Reise von Bielefeld nach Minden und zurück gemacht.

Nachdem die Beklagten rechtskräftig zur Tragung der Kosten der Rechtsstreits verurtheilt waren, beantragten die Kläger bei dem Prozeßgerichte die Festsetzung des (zu erstattenden, nach den Sätzen des § 78 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte vom 7. Juli 1879 berechneten) Betrages an Tagegeld und Fuhrkosten des Referendars für die oben bezeichnete Geschäftsreise. Durch Beschluß des Prozeßgerichts vom 7. Mai 1886 wurde (unter Streichung des Ueberschusses) nur ein Theil des berechneten Betrages (als für die Geschäftsreise eines Referendars, welcher mindestens zwei Jahre im Vorbereitungsdienste beschäftigt sei, und einen Rechtsanwalt bei dem einzelnen Geschäfte auf Grund einer Vollmacht des Rechtsanwalts vertrete, nach dem Ermessen des Gerichts angemessene Vergütung) festgesetzt. Dabei wurde ausgeführt, daß Tagegelder und Fuhrkosten nach den Sätzen des § 78 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte nur einem Rechtsanwalte oder Demjenigen zuständen, welcher einem (zeitweise an der Ausübung seines Berufes überhaupt verhinderten) Rechtsanwalte gemäß der Vorschrift im zweiten Absatze des § 25 der Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878 durch Anordnung der Landesjustizverwaltung zum Stellvertreter bestellt worden sei. — Auf die sofortige Beschwerde der Kläger vom 16. Mai 1886 beschloß das Oberlandesgericht zu Hamm am 16. Mai 1886 (abändernd) den vollen klägerischerseits zur Erstattung berechneten Betrag an Tagegeld und Fuhrkosten festzusetzen, und zwar deswegen, weil aus dem Inhalt des § 25 der Rechtsanwalsordnung hervorgehe, daß das Gesetz die in Vertretung eines Rechtsanwalts realisirte Thätigkeit eines im Justizdienste befindlichen, mindestens zwei Jahre im Vorbereitungsdienste beschäftigten Rechtskundigen in allen Beziehungen der Thätigkeit eines Rechtsanwalts gleichstelle, ohne zu unterscheiden, ob der so qualificirte Rechtskundige einem zeitweise an der Ausübung seines Berufes überhaupt verhinderten Rechtsanwalte durch Anordnung der Landesjustizverwaltung zum Stellvertreter bestellt, oder von dem (in der Ausübung seines Berufes im Allgemeinen nicht behinderten) Rechtsanwalte selbst (in gesetzlich zugelassener Weise) für einzelne dem Rechtsanwalte, als Bevollmächtigten einer Partei, obliegende Handlungen substituirt sei. — Daraus ergebe sich die Konsequenz, daß die Prozeßhandlungen eines in der gekennzeichneten Weise qualifizirten Stellvertreters

oder Vertreters eines Rechtsanwaltes nach den Sätzen der Gebührenordnung für Rechtsanwälte vergütet werden müßten. —

Gegen letzteren Beschluß haben die Beklagten sofortige Beschwerde eingelegt.

Der (zuständige) Fünfte Civilsenat des Reichsgerichts beschloß zunächst (in Befolgung der Vorschrift des Reichsgesetzes vom 17. März 1886 betreffend die Abänderung des § 137 des Gerichtsverfassungsgesetzes) die Entscheidung der Vereinigten Civilsenate des Reichsgerichts über die Rechtsfrage, von welcher die Entscheidung auf jene Beschwerde beherrscht wird, einzuholen; weil diese Rechtsfrage bereits durch den (unter Nummer 128 im XV Bande der Entsch. d. Reichsg. abgedruckten) Beschluß des Ersten Civilsenats des Reichsgerichts vom 22. November 1884 (B. f. I 65/84) in gleichartiger Weise, wie in dem angegriffenen Beschlusse, dagegen durch den (unter Nummer 112 im XIV Bande Entsch. abgedruckten) Beschluß des Dritten Civilsenats des Reichsgerichts vom 18. September 1885 (B. f. III 108/85) in gleichartiger Weise, wie in dem oben erwähnten Kostenfestsetzungsbeschlusse des Landgerichts zu Bielefeld beantwortet worden.

Die Vereinigten Civilsenate haben den Verweisungsbeschluß für gerechtfertigt erachtet und die streitige Rechtsfrage durch Feststellung des in der Formel des gegenwärtigen Beschlusses ausgedrückten Rechtsgrundsatzes entschieden aus folgenden Gründen:

Der erste Paragraph der Gebührenordnung für Rechtsanwälte vom 7. Juli 1879 lautet:

> „Die Vergütung für die Berufsthätigkeit des Rechtsanwalts in einem Verfahren vor den ordentlichen Gerichten, auf welches die Civilprozeßordnung, die Strafprozeßordnung oder die Konkursordnung Anwendung findet, so wie für die berathende Berufsthätigkeit des Rechtsanwalts, welche den Beginn oder die Fortsetzung eines solchen Verfahrens betrifft, bestimmt sich nach der Vorschrift dieses Gesetzes."

Nach dem weiteren Inhalt des „Allgemeine Bestimmungen" enthaltenden „Ersten Abschnitts dieses Gesetzes umfaßt der gesetzliche Ausdruck Vergütung" zwei Momente, die Vergütung durch Entrichtung der Gebühren und die Vergütung durch Ersetzen der Auslagen des Rechtsanwalts.

Die Gebühren und die Auslagen des Rechtsanwalts werden ausdrücklich unterschieden durch den Gegensatz der Ueberschriften des zweiten, dritten und vierten Abschnitts zu der Ueberschrift des fünften Abschnitts, in der Fassung der Ueberschrift des sechsten Abschnitts, so wie in den §§ 3, 6, 7 und 87 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte.

Aus dem Inhalte und Verhältnisse dieser Gesetzes-Abschnitte und Gesetzesstellen (in Verknüpfung

erstens mit derselben Unterscheidung der Gebühren und Auslagen des Rechtsanwalts in dem § 32 der Rechtsanwaltsordnung so wie in den §§ 87 Absatz 2 und 115 der Civilprozeßordnung,

zweitens mit der entsprechenden Unterscheidung zwischen Gebühren und Auslagen in den Normen der Reichsjustizgesetze über andere Materien, zum Beispiel der Ueberschriften des zweiten, dritten und vierten Abschnitts im Gegensatze zu der Ueberschrift des siebenten Abschnitts so wie in den §§ 1, 4, 81 bis 86, 93, 96 des Gerichtskostengesetzes, in den §§ 18 bis 24 der Gebührenordnung für Gerichtsvollzieher, in dem § 165 des Gerichtsverfassungsgesetzes, in dem § 34 der Civilprozeßordnung, in den §§ 77 und 88 der Konkursordnung [bei Berücksichtigung des Inhalts der betreffenden Abschnitte und Stellen dieser Gesetze],

drittens mit der Bedeutung des Wortes „Auslage" in dem allgemeinen Sprachgebrauche,)

erhellt, daß die Gebührenordnung für Rechtsanwälte bezeichnet

a) mit den Worten „Gebühren des Rechtsanwalts":
   die dem Rechtsanwalte, je für gewisse gesetzlich gekennzeichnete Kategorien zu dem Berufe eines Rechtsanwalts gehöriger, auf einer Verwendung der geistigen Kraft des Rechtsanwalts [seiner Fähigkeit, Umsicht, Rechtskenntniß] beruhender Thätigkeiten, kraft Gesetzes in bestimmtem Betrage zustehende Belohnungen,

b) mit den Worten „Auslagen des Rechtsanwalts":
   die von einem Rechtsanwalte (in und bei Ausführung des ihm ertheilten Auftrages zu einer Berufsthätigkeit) aus seinem Vermögen gemachten Aufwendungen.

Unter (ersichtlicher) Voraussetzung der (sich aus dem Wesen des Auftragsverhältnisses und dem Begriffe der Auslage ergebenden, aus dem § 87 der Civilprozeßordnung als reichsgesetzlich gewollt erkennbaren) Regel:

> „daß der Auftraggeber dem Rechtsanwalte zu ersetzen habe den wirklichen Vermögenswerth der wirklich gemachten Auslage, welche zur sachgemäßen Ausführung des Auftrages, sei es objektiv nothwendig war, sei es redlicher und verständiger Weise als nothwendig erscheinen konnte"

sind in der Gebührenordnung für Rechtsanwälte (wie der Inhalt des fünften Abschnitts derselben ergiebt), aus Gründen der Zweckmäßigkeit einige Ausnahmen durch positive Satzung bestimmt. In dem § 77 ist eine bestimmte Art (durchschnittlich geringfügiger) Auslagen für nicht geeignet erklärt, zum Ersatze berechnet zu werden. In dem § 76 wird (ersichtlich wegen der Schwierigkeit der Klarlegung des wirklich verwendeten Vermögenswerthes, so wie behufs präventiver Wirkung gegen die Nachtheile zu häufigen und zu umfänglichen Schreibewerks,) der § 80 des Gerichtskostengesetzes auch für die Höhe der von den Rechtsanwälten zu berechnenden Schreibe-Auslagen für maßgebend erklärt. —

Im § 78 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte ist ferner bestimmt:

> „Bei Geschäftsreisen erhält der Rechtsanwalt, vorbehaltlich der Bestimmungen in den §§ 18, 37, 39 Absatz 2 der Rechtsanwaltsordnung,
>
> I. an Tagegeldern . . . . 12 Mark,
>
> II. für ein Nachtquartier . . . . . 5 Mark,
>
> III. an Fuhrkosten einschließlich der Kosten der Gepäckbeförderung
>
> 1. wenn die Reise auf Eisenbahnen oder Dampfschiffen

gemacht werden kann, für
das Kilometer . . . . 13 Pf.
und für jeden Zu- und Abgang 3 Mark,
2. andernfalls . . . . 60 Pf.
für das Kilometer der nächsten
fahrbaren Straßenverbindung.

Haben höhere Fahrkosten aufgewendet werden müssen, so werden dieselben erstattet. —"

Wenngleich nach diesen Bestimmungen des § 78 der Rechtsanwalt bei Geschäftsreisen die unter I, II, III festgestellten Geldbeträge an Tagegeld, für Nachtquartier und an Fuhrkosten berechnen darf, auch wenn er dieselben nicht wirklich in dieser Höhe ausgelegt haben sollte, so ergiebt doch die Eingliederung des § 78 in den fünften (die Ueberschrift „Auslagen" tragenden) Gesetzesabschnitt, so wie der letzte Satz des § 78 selbst, daß das Gesetz in diesem Paragraphen prinzipiell nicht eine Gebühr, d. h. eine das Vermögen des Rechtsanwalts vermehrende Belohnung, sondern einen Auslage-Betrag festsetzen will, dessen Ersatz als Ausgleichung einer Verminderung jenes Vermögens gelten solle. Die im § 78 festgesetzten Beträge beruhen ersichtlich auf einer in dem Gesetze (unter Berücksichtigung der sozialen Lebensstellung und allgemeinen Berufsthätigkeit der Rechtsanwälte) vollzogenen Schätzung.

Bei dieser Schätzung konnten nicht allein die (durch die Stellung in der Gesellschaft bedingten) Rücksichten bei Wahl der Transportmittel und bei den sonstigen Aufwendungen in den außerhalb des Wohnsitzes beizgenen Aufenthaltsorten in Betracht kommen,

(Momente, welche auch in anderen Reichsgesetzen, zum Beispiel in den §§ 7 und 8 der Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige vom 30. Juni 1878, in der auf Grund des § 18 des Gesetzes betreffend die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten vom 31. März 1873 in Einvernehmen mit dem Bundesrath erlassenen Kaiserlichen Verordnung vom 21. Juni 1875 „betreffend die Tagegelder, die Fuhrkosten und die Umzugskosten der Reichsbeamten" ersichtlich berücksichtigt werden)

sondern auch [mit Rücksicht darauf, daß ein Rechtsanwalt die Hauptstätte einer vielseitigen Berufsthätigkeit an seinem Wohnorte zu besitzen und in diesem seine Zeit andauernd durch zweckmäßige Eintheilung zur Erledigung verschiedener, ihm Gewinn bringender Berufsarbeiten auszunutzen pflegt,]

die exceptionelle Einbuße an diesem regelmäßigen Gewinne durch die Abwesenheit des Rechtsanwalts von seinem Wohnorte während der Geschäftsreise. —

Eine solche Rücksichtnahme auf diese Einbuße steht völlig in Einklang mit dem Begriffe der Auslage. Die Vermögens-Aufopferungen des Bevollmächtigten in, bei und zur Ausführung des Auftrages können ebensogut in dem Preisgeben eines Gewinnes, als in der Verlegung baaren Geldes oder in der Uebernahme von Verbindlichkeiten bestehen. —

Die an sich berechtigte Berücksichtigung dieses Gesichtspunktes liegt

(nach dem Inhalt des § 78 der Gebührenordnung in Verknüpfung mit der geschichtlichen Voraussetzung desselben)

dieser Gesetzesstelle wirklich zu Grunde.

Schon das Preußische Gesetz vom 1. Mai 1875 hatte die Tagegelder der Anwälte und Advokaten bei Wahrnehmung von Geschäften in einer Entfernung von mehr als 1½ Kilometern von ihrem Wohnorte auf zwölf Mark festgesetzt, während nach der Preußischen Verordnung vom 24. Dezember 1873 die Richter bei gerichtlichen, außerhalb ihres Wohnorts vorzunehmenden Geschäften an Tagegeldern nur drei Thaler, gleich neun Mark, beanspruchen durften; ein Betrag, welcher festgehalten ist in der Preußischen Verordnung vom 8. Mai 1876 „über die den Justizbeamten bei Dienstgeschäften außerhalb des Gerichtsortes zu gewährenden Tagegelder und Reisekosten". In Bezug auf den Vergütungssatz der Auslage für ein Nachtquartier waren die Anwälte (beziehungsweise Advokaten) und die Richter in Preußen vor der Gesetzeskraft der reichsgesetzlichen Gebührenordnung für Rechtsanwälte gleichgestellt. Der Vergütungssatz betrug drei Mark. Durch die Normen des § 78 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte, in welchen der Satz an Tagegeld (entsprechend der Bestimmung des Preußischen Gesetzes vom 1. Mai 1875) auf zwölf Mark, der Satz für ein Nachtquartier auf fünf Mark festgestellt wird, ergiebt sich, daß seit der Gesetzeskraft dieser Gebührenordnung ein Rechtsanwalt im Deutschen Reiche bei Geschäftsreisen an Tagegeld und für Nachtquartier zusammen fünf Mark mehr erhält als ein in dem größten deutschen Gliedstaate bei einem Amtsgericht, Landgericht oder Oberlandesgericht angestellter Richter. Der Gesetzesgrund der höheren Bemessung der Vergütung für Rechtsanwälte kann nur der oben hervorgehobene sein, daß bei den Richtern in den ihnen zugebilligten Sätzen lediglich die durch den standesgemäßen Mehraufwand außerhalb ihres Wohnorts erwachsende, bei den Rechtsanwälten außerdem diejenige Vermögenseinbuße berücksichtigt ist, welche sie dadurch erleiden, daß sie während der Reisezeit an der regelmäßigen Verwerthung ihrer Berufsthätigkeit an dem Sitze derselben verhindert sind. Dieser Gesetzesgrund ist auch in Bezug auf die Tagegelder in den Motiven zu dem Entwurfe einer Gebührenordnung für Rechtsanwälte ausdrücklich betont. Die Erhöhung des Satzes für ein Nachtquartier entspricht einem Vorschlage der Kommission des Reichstages zur Vorberathung jener Gebührenordnung.

Der Gesetzesgrund der Festsetzungen des § 78 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte trifft nur zu, wenn ein Rechtsanwalt, oder, (bei zeitweiser Verhinderung eines Rechtsanwalts seine Berufsthätigkeit überhaupt auszuüben,) dessen Stellvertreter die Geschäftsreise macht. In letzterem Falle trifft der Gesetzesgrund allerdings auch dann zu, wenn dieser Stellvertreter kein Rechtsanwalt ist, sondern (in Gemäßheit der Normen des ersten und zweiten Absatzes in dem § 25 der Rechtsanwaltsordnung) durch Anordnung der Landesjustizverwaltung aus der Zahl derjenigen Rechtskundigen bestellt wurde, welche mindestens zwei Jahre im Justizvorbereitungsdienste beschäftigt worden waren. Nach der Natur des (von öffentlich rechtlichen, organisatorischen Prinzipien beherrschten) Verhältnisses der Stellvertretung (im Sinne des § 25 a. a. O.) tritt der Stellvertreter, während der Dauer der Stellvertretung,

ganz in die Stellung des Rechtsanwalts. Insbesondere entsteht an dem Gewinne durch den regelmäßigen Betrieb der Berufsthätigkeit an dem Sitze der Rechtsanwaltsstelle, welche der Stellvertreter versieht, durch *dessen* Abwesenheit während einer Geschäftsreise *ebensogut* eine *Einbuße*, als durch die Abwesenheit des Rechtsanwalts *selbst*, wenn der letztere an der Ausübung seiner Berufsthätigkeit *überhaupt* nicht behindert ist. —

Dagegen trifft der Gesetzesgrund des § 78 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte in *keiner* Beziehung zu, wenn ein Rechtsanwalt, welcher seine Berufsthätigkeit im *Allgemeinen ausübt*, sich,

(wie solches in Fällen, in denen eine Vertretung durch einen *Rechtsanwalt nicht* geboten ist, gemäß §§ 74 Absatz 2; 75 und 77 der Civilprozeßordnung geschehen darf,)

sich einen *Vertreter* für einzelne ihm obliegende Thätigkeiten bestellt, welcher kein Rechtsanwalt, wenn auch etwa ein im Justizdienste befindlich, mindestens zwei Jahre im Vorbereitungsdienste beschäftigt gewesener Rechtskundiger ist, und ein *solcher Vertreter* zur Ausführung derjenigen Thätigkeit, für welche er substituirt worden ist, eine Reise gemacht hat. Ein *solcher* Vertreter ist *nicht* im *Allgemeinen* in die Stellung eines Rechtsanwalts gesetzt. Durch die Abwesenheit eines *solchen* Vertreters von dem Wohnsitze des Rechtsanwalts entsteht für letzteren keine Vermögenseinbuße aus einer Verhinderung, seine Berufsthätigkeit während einer gewissen Zeit an seinem Wohnorte in regelmäßiger Weise zu betreiben.

Deswegen steht es einem Rechtsanwalte *nicht* zu *kraft* Gesetzes für die Geschäftsreisen eines solchen *Vertreters* eine Berechnung auf Grund des § 78 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte aufzustellen. Der Rechtsanwalt muß vielmehr in einem *solchen* Falle, (in welchem die Voraussetzungen jener positiven exceptionellen Sondervorschrift *nicht* gegeben sind,) gemäß der allgemeinen Regel, nur denjenigen Betrag in Rechnung stellen, welchen er für die Reise seines Vertreters, sei es an denselben, sei es *für* denselben *ausgelegt hat*, oder auszulegen *verpflichtet ist*, und welcher *außerdem* nach den gegebenen Voraussetzungen (von dem Standpunkte eines verständigen und redlichen Beauftragten) für angemessen, zu zweckentsprechender Auftrags-Ausführung für nothwendig zu erachten ist. —

Nach der Vorschrift des § 93 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte, (welche sich auf die Vergütung *überhaupt*, also *auch* auf die *Auslage*vergütung bezieht,) wird es allerdings einem Rechtsanwalte, abgesehen von dem in jener Gesetzesstelle hervorgehobenen Ausnahmefall freistehen, auch über die Vergütung der Auslagen *durch Vertrag* mit seinem Auftraggeber Abweichungen von der Regel, insbesondere auch die Abweichung zu verabreden, daß der Rechtsanwalt bei Reisen eines von ihm zur Ausführung einer in den Grenzen des Auftrages liegenden Thätigkeit substituirten Vertreters, die Auslagenberechnung in gleicher Weise aufzumachen berechtigt sein solle, als wenn er (der substituirende Rechtsanwalt selbst) die betreffende Reise als Geschäftsreise im Sinne des § 78 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte gemacht hätte. Für das Verhältniß des Auftraggebers oder des Rechtsanwalts zu dem erstattungspflichtigen Gegner würde indessen eine solche Vertragsabrede gemäß der Norm des § 94 desselben Gesetzes nicht in Betracht kommen. —

Der Versuch die vorstehend entwickelten Gesichtspunkte in Bezug auf die in und zur Ausführung derjenigen Thätigkeit, für welche die Substitution erfolgt war, gemachten Reisen eines von dem Rechtsanwalte zum Vertreter bestellten, im Justizdienste befindlichen, mindestens zwei Jahre im Vorbereitungsdienste beschäftigt gewesenen Rechtskundigen aus dem letzten Satze des § 25 der Rechtsanwaltsordnung in Verbindung mit dem § 143 der Civilprozeßordnung, namentlich aber aus den legislativen Vorarbeiten zum Gerichtsverfassungsgesetze, so wie zu dem Einführungsgesetze letzteren Gesetzes und zu der Rechtsanwaltsordnung zu widerlegen, ist mißlungen.

Keine jener *Gesetzesstellen* giebt *auch nur den allergeringsten* Anhalt dafür, daß auf Vertreter der vorgekennzeichneten Kategorie irgend eine andere für Rechtsanwälte gesetzlich gegebene Sondervorschrift Anwendung finde, als daß ihnen (in Folge der, sich durch ihre Fassung als Verleihung eines *bestimmt umgrenzten* Rechts kennzeichnenden Bestimmung des letzten Satzes in dem § 25 der Rechtsanwaltsordnung) insofern ein Vorzug vor anderen Substituten eines Rechtsanwalts, welche nicht selbst Rechtsanwälte sind, verliehen worden ist, daß ihnen in der mündlichen Verhandlung der weitere Vortrag von dem Gerichte nicht deswegen untersagt werden darf, weil ihnen die Fähigkeit zum mündlichen Vortrage mangle; daß dieselben ferner von dem Gerichte nicht deswegen zurückgewiesen werden dürfen, weil sie das mündliche Verhandeln vor Gericht geschäftsmäßig betrieben.

Es ist ein Fehlschluß aus dieser *ganz speziellen* Gesetzesnorm die Folgerung zu ziehen, daß der Rechtsanwalt, welcher sich einen solchen Vertreter substituirt habe, befugt sei, für die Reisen, welcher dieser Vertreter zum Zweck der Ausführung derjenigen Thätigkeit, für welche die Substitution realisiet war, Auslagen auf der Grundlage der (*nur* für die Geschäftsreisen eines *Rechtsanwalts* gegebenen, in einer Rücksichtnahme auf die allgemeine Lebensstellung und *allgemeine* Berufsthätigkeit der *Rechtsanwälte*, *als solcher*, wurzelnden) Sondervorschrift des § 78 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte zu beanspruchen.

Bei dieser Sachlage liegt *keine* Veranlassung vor, auf die der vorstehend reprobirten Gesetzesauslegung angeblich zur Seite stehenden, bei den legislativen Vorarbeiten zu dem Gerichtsverfassungsgesetze, zu dem Einführungsgesetze desselben und zur Rechtsanwaltsordnung geäußerten Ansichten und Absichten einzugehen. Der Inhalt legislativer Vorarbeiten kann allerdings bei Auslegung dunkler Gesetzesstellen durch Anregung förderlich sein. Niemals aber dürfen diese *Vorarbeiten* zu einer Quelle von Rechtsnormen werden, welche in dem gegebenen Gesetze garnicht enthalten sind, sich aus dem *Gesetze* nicht entwickeln lassen.

Aus der Praxis der Strafsenate des Reichsgerichts.

(Präjudizien aus der Zeit vom 1. März 1888 bis Anfang Mai desselben Jahres.)

I. Zum Reichsstrafgesetzbuch:

1. §§ 40, 41.

Die beiden §§ schließen sich gegenseitig nicht aus, sondern können in der Art verbunden zur Anwendung kommen, daß für bestimmte Exemplare einer Schrift Einziehung, für andere Unbrauchbarmachung im Urtheile verfügt wird. Urth. des II. Sen. v. 20. April 1888 (778/88.

2. § 97.

Der Deutsche Kaiser ist in Elsaß-Lothringen nicht Landesherr im Sinne des § 97; und deshalb eine Beleidigung des Kronprinzen des Deutschen Reichs nicht aus § 97 strafbar. Urth. des I. Sen. v. 23. April 1888 (529/88).

3. § 109.

Auf den Stimmenkauf können die civilrechtlichen Bestimmungen über Kauf nicht angewendet werden, sondern es genügt zum Thatbestand die Zusage einer vereinbarten Stimmabgabe gegen Gewährung oder Versprechen eines materiellen Vortheils, wozu auch die Verwendung bei einem Dritten zu rechnen ist, ohne Rücksicht wie der Stimmberechtigte außerdem gestimmt hätte oder wie er in Wirklichkeit gestimmt hat. Urth. des I. Sen. v. 9. April 1888 (979/88).

4. § 130.

Die Anwendung des § 130 erfordert, daß die aufreizende Aeußerung nach dem konkreten Thatumständen die naheliegende Möglichkeit der Störung des öffentlichen Friedens bei irgend einem künftigen Anlasse herbeiführe. Urth. des II. Sen. v. 17. April 1888 (785/88).

5. § 137.

Wenn der Schuldner, in dessen Besitz eine beschlagnahmte Sache verblieben ist, dieselbe mit an seinen neuen Wohnort nimmt, so ist dieselbe noch nicht bei Seite geschafft. Urth. des II. Sen. v. 23. März 1888 (598/88).

6. § 156.

Universitätsfakultäten sind öffentliche Behörden. Denselben ist in Mecklenburg autonome Befugniß und observanzgemäß die Befugniß eingeräumt, eidesstattliche Versicherungen abzunehmen; in Preußen steht denselben letztere Befugniß nur dann zu, wenn ihnen dieselbe ausdrücklich beigelegt ist. Urth. des II. Sen. v. 9. März 1888 (87/88).

7. § 163 Abs. 2.

Es ist nicht rechtsirrig, wenn angenommen wird, daß derjenige, gegen den ein fahrlässiger Falscheid geleistet worden war, einen Rechtsnachtheil dadurch erlitten hat, daß gegen denselben wegen eines schwereren Delikts, als er verschuldet hat, das Hauptverfahren eröffnet wurde. Urth. des IV. Sen. v. 13. April 1888 (719/88).

8. § 167.

Störung des Gottesdienstes ist aus § 167 nur strafbar unter der Voraussetzung, daß mehr als eine Person in der Andacht gestört wurde. In solchen Fällen ist bei einer Mehrheit von Thätern jeder für den bewußten Gesammterfolg haftbar, auch wenn das, was der Einzelne gethan hat, nicht hingereicht haben würde, den störenden Erfolg herbeizuführen. Urth. des I. Sen. v. 19. April 1888 (780/88.)

9. § 209.

Kartellträger sind nur dann straflos, wenn sie nach Ueberbringung der Herausforderung bemüht waren, den Zweikampf zu verhindern. Urth. des II. Sen. v. 20. März 1888 (591/88).

10. §§ 211, 43 Str. G. B. § 293 Str. Pr. O.

Die Frage, ob der Angeklagte den Entschluß eine Person vorsätzlich zu tödten und diese Tödtung mit Ueberlegung auszuführen, durch Handlungen bethätigt habe, welche den Anfang der Ausführung dieser beabsichtigten That enthalten, ist nicht zu beanstanden. Urth. des I. Sen. v. 19. März 1888 (563/88).

11. § 223a.

Eine lebensgefährliche Behandlung liegt nicht schon dann vor, wenn eine Mißhandlung zu einer Gefahr für das Leben des Mißhandelten geführt hat, obgleich der Thäter die That, wie sie sich objektiv gestaltet hat, nicht wollte. Ein Bewußtsein der Gefährdung des Lebens ist nicht erforderlich. Urth. des III. Sen. v. 12. März 1888 (340/88).

12. § 230.

Fahrlässige Körperverletzung kann angenommen werden, wenn ein Kurpfuscher durch verkehrte Behandlung den Eintritt eines schädlichen Erfolgs (in concr. Erblinden auf einem Auge) befördert oder beschleunigt hat, auch wenn der Erfolg durch die ärztliche Kunst nicht abzuwenden war. Urth. des I. Sen. v. 26. März 1888 (561/88).

13. § 231.

Der Strafrichter kann auf Buße auch dann erkennen, wenn auch der Beschuldigte einen civilrechtlich zu begründenden Entschädigungsanspruch nicht begründen kann. Urth. des II. Sen. v. 10. April 1888 (678/88).

14. §§ 242, 370, Ziff. 5.

Entwendungen von Gegenständen in geringer Menge oder von unbedeutendem Werthe zum alsbaldigen Verbrauche, welche an sich nach § 370 Ziff. 5 strafbar wären, sind nach §§ 242 event. 243 strafbar, wenn sie als die successive Ausführung eines einheitlichen, auf Wiederholung gerichteten Entschlusses erscheinen, und die Gesammtmenge des Gestohlenen nicht gering oder nicht von unbedeutendem Werthe ist. Urth. des I. Sen. v. 26. April 1888 (848/88).

15. § 243 Ziff. 2.

Ein Dieb, welcher glaubt, ein Verschlußmittel sei nicht beseitigt und könne ohne Verletzung und Kraftanwendung beseitigt werden, dasselbe jedoch verletzt und sich hiervon vor Begehung des Diebstahls überzeugt, ist wegen Diebstahls mittels Einbruchs strafbar. Urth. des I. Sen. v. 19. März 1888 (528/88).

16. Der Schlüssel, welchen der berechtigte Inhaber einer fremden Wohnung anstatt eines verlorenen als ächten gebraucht, hat ausschließlich diese Eigenschaft, so daß ein mittels des verlorenen Schlüssels begangener Diebstahl als schwerer strafbar ist. Urth. des III. Sen. v. 26. April 1888 (739/88).

17. § 263.

Betrug kann durch Benützung eines ungültigen Eisenbahnbillets im Einverständniß mit dem Schaffner begangen werden, wenn die Zugführung durch das Einsteigen in den Waggon und die dadurch bewirkte Unterdrückung der Thatsache, daß der Thäter keine gültige Fahrkarte besitzt, getäuscht wird. Urth. des II. Sen. v. 13. März 1888 (554/88).

18. Die Einhändigung eines vollstreckbaren Urtheils an

einen Gerichtsvollzieher, um denselben zu veranlassen, Zwangsvollstreckung zu bethätigen, unter Verschweigung des Umstands, daß ein Vergleich in Mitte liegt, ist, wenn Pfändung wirklich erfolgt ist, als Betrug strafbar. Urth. des II. Sen. v. 6. April 1888 (687/88).

19. In der Belustung des Erwerbers eines Immobiles mit einer Hypothekschuld und daraus bestehenden Zinsrückständen, deren Zahlung vom Verkäufer vorgespiegelt worden war, so daß der Erwerber mit Exekution bedroht ist, liegt eine Vermögensbeschädigung, zwar noch nicht im Augenblick des Kaufabschlusses, wohl aber in dem der Auflassung. Spätere Zahlung der Rückstände durch den Verkäufer ändert hieran nichts. Urth. des II. Sen. v. 20. April 1888 (860/88).

20. § 268 Ziff. 1.

Ein abgetretener Vormund kann in Beziehung auf Vermögensstücke, welche er in Veranlassung der Vormundschaft in Händen und herauszugeben hat, Untreue begehen. Urth. des II. Sen. v. 17. März 1888 (559/88).

21. § 267.

Eine Rechnung über Entgeld für geleistete Dienste (in concr. ärztliche Deserviten) kann als beweiserhebliche Privaturkunde in Betracht kommen. Urth. des I. Sen. v. 5. März 1888 (2838/87.)

22. Das Aufmalen der Firma eines ersten Verkäufers der Waare auf ein Häringsfaß, um dadurch die Identität mit einer beim Thäter lagernden Waaren darzuthun, ist nicht als Urkundenfälschung strafbar. Urth. des III. Sen. v. 12. März 1888 (235/88)

23. Es ist rechtsirrthümlich anzunehmen, es sei Erforderniß zum Begriffe einer Urkunde, daß der Aussteller derselben durch die angebliche Unterschrift verpflichtet erscheine. Urth. des II. Sen. v. 10. April 1888 (568/88).

24. Der einer Waare aufgedrückte Stempel, welcher nach Uebereinkunft der Parteien eine vorläufige Untersuchung der Waare (Eisenbahnschienen) durch einen Beauftragten des Bestellers und deren Zulassung zur definitiven Lieferung beweisen soll, ist als Urkunde zu betrachten. Urth. des III. Sen. v. 19. April 1888 (517/88.)

25. § 267 Str. G. B. Preuß. Stempelges. v. 7. März 1822 § 12.

Die Abänderung des Datums an einem unausgefüllten, nur mit Datum und Unterschrift versehenen Vollmachtsblankett zum Zwecke der Vermeidung einer Stempelstrafe, ist nicht als Urkundenfälschung strafbar. Urth. des IV. Sen. v. 6. März 1888 (337/88.)

26. § 271.

Die Gefangenenverzeichnisse haben nicht den Zweck, die Richtigkeit der Namen der Gefangenen zu beurkunden und können deshalb in dieser Richtung nicht als öffentliche Urkunden betrachtet werden. Urth. des I. Sen. v. 3. Mai 1888 (801/88.)

27. § 275.

Es fällt nicht unter den Begriff des Anfertigens unächter Freimarken, wenn derjenige, der verschiedene Stücke ächter, nicht entwertheter Postfreimarken besitzt und dieselben zu einer vollständigen Marke zusammensetzt und zur Frankirung benutzt. Urth. des III. Sen. v. 19. April 1888 (618/88.)

28. § 292.

Derjenige, welcher Wild aus einem Revier, in dem er zu jagen nicht berechtigt ist, Jägern zutreibt, welche befugt auf einem andern Revier jagen, ist auch dann wegen Jagdvergehens strafbar, wenn das Einverständniß desselben mit den Jägern nicht nachweisbar ist. Urth. des III. Sen. v. 25. April 1888 (775/88.)

29. §. 293.

Wenn zwei Personen mit einander jagen, wovon die eine zwar unbefugt jagt, aber in gutem Glauben handelt, kann, wenn auch der Andere den Mangel der Berechtigung kannte, doch der erschwerende Umstand der Gemeinschaftlichkeit nicht angenommen werden. Urth. des III. Sen. v. 16. April 1888 (573/88.)

30. § 306.

In Brand gesetzt ist eine Sache nicht blos dann, wenn sich eine Flamme entwickelt, es genügt eine durch Glimmen geschehene Fortpflanzung des Feuers. Urth. des I. Sen. v. 7. Mai 1887 (952/88.)

31. § 330.

Das Baugerüste ist ein Bau, dessen Errichtung gegen die anerkannten Regeln der Baukunst nach § 330 strafbar ist. Urth. des III. Sen. v. 12. März 1888 (253/88).

32. § 348 Abs. 1. Str. G. B. § 155 G. V. G.

Wenn ein preußischer Gerichtsvollzieher bei Uebergabe zuzustellenden Schriftstücke an die Post in der von ihm auszufertigenden, das Ersuchen um Zustellung enthaltenden Urkunde das Datum vorsätzlich unwahr einsetzt, ist er aus § 348 strafbar. Urth. des IV. Sen. v. 23. März 1888 (537/88).

33. § 366 Ziff. 11.

Die Uebertretung groben Unfugs erfordert eine Belästigung oder Beunruhigung des Publikums als unmittelbare Folge der Handlung. Dieselbe kann jedoch durch einen Angriff auf einen Einzelnen herbeigeführt werden. Urth. des IV. Sen. v. 17. April 1888 (768/88).

II. Zur Strafprozeß-Ordnung.

1. §§ 60, 56 Ziff. 3 Str. Pr. O.

Ein Mitangeklagter kann auch dann weder beeidet noch unbeeidet als Zeuge vernommen werden, wenn er über eine von einem Mitangeklagten begangene strafbare Handlung zu befragen ist, bei welcher er in keiner Weise betheiligt ist. Urth. des III. Sen. v. 26. April 1888 (830/88).

2. §§ 68, 252 Str. Pr. O.

Wenn bei einer kommissarischen Vernehmung dem Zeugen nur seine früheren Aussagen vorgelesen und deren Bestätigung protokollirt wird, ohne den Zeugen weiter zu befragen und ohne die Voraussetzungen des § 252, wenn ferner die kommissarische Vernehmung in der Hauptverhandlung verlesen ist, eignet sich das Urtheil zur Aufhebung, es sei denn, daß sich erkennen läßt, daß das Urtheil auf jener Aussage nicht beruht. Urth. des II. Sen. v. 8. April 1888 (670/88).

3. §§ 222, 250 Str. Pr. O.

Dadurch, daß ein kommissarisch vernommener Zeuge bei seiner Aussage auf ein von ihm selbst früher aufgenommenes Protokoll Bezug nimmt, wird dasselbe nicht in der Weise Bestandtheil des über seine Vernehmung aufgenommenen Protokolls, daß die Verlesung des letzteren auf jenes ausgedehnt werden könnte. Urth. des I. Sen. v. 3. Mai 1888 (800/88).

4. §§ 237, 242 Str. Pr. O.

Es ist keine Verletzung des Gesetzes begründet, wenn der Vorsitzende nach Verlesung des Beschlusses über die Eröffnung des Hauptverfahrens zu dessen Erläuterung eine allgemeine Sachdarstellung nach den Akten mittheilt; wenn er hierbei nicht in die Beweise eingeht. Urth. des IV. Sen. v. 27. April 1888 (781/88).

5. §§ 243, 377 Ziff. 8 Str. Pr. O.

Durch thatsächliche Behauptung des Angeklagten wird der Vertheidiger nicht in der Weise beschränkt, daß er Beweisanträge, welche mit jenen Behauptungen in Widerspruch stehen, nicht stellen dürfte. Urth. des II. Sen. v. 1. Mai 1888 (894/88).

6. § 244 Str. Pr. O.

Der Grundsatz, daß die Erhebung herbeigeschaffter Beweismittel oder die Vernehmung geladener Zeugen nur bei Verzicht aller Angeklagter unterbleiben kann, erleidet dann eine Ausnahme, wenn der Zeuge oder das Beweismittel nur zu einer Anklagesache in Vorschlag gebracht ist, bei welcher ein nicht verzichtender Angeklagter in keiner Weise betheiligt ist. Urth. des IV. Sen. v. 6. März 1888 (288/88).

7. §§ 259, 263 Str. Pr. O.

Wenn das Verfahren Mangels des erforderlichen Strafantrages eingestellt ist, kann nicht eine neue Verfolgung der That unter dem Gesichtspunkte eines Offizialdelikts eingeleitet werden. Urth. des IV. Sen. v. 13. März 1888 (398/88).

8. §§ 260, 377 Ziff. 5 Str. Pr. O.

Wenn das Gericht während der Berathung des Urtheils zum Gericht nicht gehörige Personen in das Berathungszimmer rufen läßt und denselben Fragen stellt, welche sich auf den Schuldbeweis beziehen, so ist dies als eine ohne Zuziehung der Parteien erfolgte Fortsetzung der Verhandlung zu betrachten und hat die Aufhebung des Urtheils zur Folge. Urth. des III. Sen. v. 28. März 1888 (355/88).

9. § 264 Str. Pr. O.

Die Verurtheilung wegen einfacher Unterschlagung, während die Anklage auf Amtsunterschlagung gerichtet war, erfordert vorgängige Hinweisung auf den veränderten rechtlichen Gesichtspunkt. Urth. des III. Sen. v. 9. April 1888 (498/88).

10. §§ 273, 274 Str. Pr. O.

Das Protokoll der Hauptverhandlung liefert keinen Beweis über dasjenige, was außerhalb der unter Zuziehung der Parteien stattfindenden Verhandlung, z. B. im Berathungszimmer der Richter vorgeht. Wenn diese Vorgänge von rechtlicher Bedeutung sind, so müssen darüber Erhebungen gepflogen werden, auch in der Revisionsinstanz. Urth. des III. Sen. vom 28. März 1888 (355/88).

11. § 306 Abs. 1 Str. Pr. O.

Den Geschworenen kann vom Vorsitzenden auf den Antrag der ersteren nur Belehrung über Rechtsfragen ertheilt werden. Erklären dieselben, weitere Aufschlüsse über thatsächliche Umstände zu bedürfen, so müssen ihnen dieselben, wenn möglich, durch Wiederaufnahme der Hauptverhandlung verschafft werden. Urth. des II. Sen. v. 20. März 1888 (597/88).

12. §§ 309, 311 Str. Pr. O.

Die Bejahung einer wegen falscher eidlicher Zeugenaussage gestellten Frage mit dem Beisatze, der Meineid sei nicht als wissentlich begangener erwiesen, ist undeutlich und giebt zum Berichtigungsverfahren Anlaß, wobei die Geschworenen auch an die frühere Beantwortung von Fragen wegen konkurrirender Delikte nicht gebunden sind. Auch nach Verkündung des ersten zu berichtigenden Geschworenenspruchs können noch Hülfsfragen gestellt werden. Urth. des IV. Sen. v. 27. April 1888 (897/88).

13. § 381 Str. Pr. O. Eine von einem Gefängnißbeamten aufgenommene und unterschriebene Revisionsanmeldung, welche von dem jüdischen Beschwerdeführer des Sabbats wegen nicht unterschrieben ist, ist wirksam. Urth. des IV. Sen. v. 9. März 188 (437/88).

14. § 394 Abs. 2 Str. Pr. O.

Dem Revisionsgericht steht die Befugniß zu, bei Aufhebung eines Urtheils einer Strafkammer beim Amtsgericht die Sache an das Landgericht, welchem die Strafkammer angehört, mit der Wirkung zurückzuverweisen, daß eine Strafkammer, welche am Landgerichte selbst besteht, mit der wiederholten Aburtheilung befaßt ist. Beschl. des III. Sen. v. 15. März 1888 (2654/87).

15. § 505 Str. Pr. O.

Die Kosten eines Rechtsmittels, in Folge dessen das angefochtene Urtheil aufgehoben und die Sache in die Instanz zurückverwiesen wird, hat, wenn der Angeklagte abermals verurtheilt wird, dieser zu tragen. Beschl. des II. Sen. v. 27. März 1888 (1900/87).

III. Zu verschiedenen Gesetzen strafrechtlichen und strafprozessualen Inhalts.

1. § 210 Ziff. 2, 3 Konk. Ordng.

Aufschreibungen auf losen Zetteln, können nicht als Handelsbücher gelten, ohne daß Handelsgebräuche, guter Glaube oder die thatsächliche Schwierigkeit anderer Buchführung hierauf von Einfluß wäre. Ohne Inventarisirung ist eine zulängliche Bilanz nicht möglich. Urth. des I. Sen. v. 16. April 1888 (742/88).

2. § 35 R. Gewerbe Ordg. v. 21. Juni 1869 (1. Juli 1883) § 132 Str. G. B.

Die Stelle eines Auktionators zur Versteigerung von Immobilien ist kein öffentliches Amt, sondern gehört dem Gewerbebetrieb an. Die Vornahme der einschlägigen Geschäfte ist also nicht aus § 132 a. a. O. strafbar. Urth. des I. Sen. v. 28. März 1888 (584/88).

3. §§ 115, 146 Ziff. 1. Gew. Ordg. v. 21. Juni 1869 (1. Juli 1883).

Die Hingabe eines Wechsels für schuldigen Lohn, welche nicht blos erfolgte, um die Lohnforderung zu bestätigen und zu sichern, ist aus § 146 Ziff. 1 strafbar. Urth. des IV. Sen. v. 27. März 1888 (610/88).

4. §§ 136, 146 R. Gew. Ordg. v. 21. Juni 1869 (1. Juli 1883).

Die Statuten einer Aktiengesellschaft zum Fabrikbetriebe erhalten durch die landesherrliche Bestätigung und Publikation nicht die Eigenschaft als Rechtsnormen, sondern sind Beweismittel für Thatsachen. Die Fahrlässigkeit eines Gewerbetreibenden bezüglich der Bestimmungen zum Schutze jugendlicher Arbeiter kann nicht darin gefunden werden, daß der Gewerbetreibende die Beobachtung jener Bestimmungen nicht persönlich überwacht hatte. Urth. des I. Sen. v. 8. März 1888 (363/88).

5. §§ 135, 136, 146 Vereins Zollges. v. 1. Juli 1869.

Nur solche Personen, welche eine unter § 135 fallende Zolldefraudation in bewußtem und gewolltem Zusammenwirken, in complottmäßiger Verbindung begangen haben, können wegen Verübung im Lande bestraft werden, nicht auch solche, bei welchen die Thäterschaft auf Grund einer der Vermuthungen des § 136 angenommen ist. Urth. des III. Sen. v. 25. April 1888 (741/88).

6. § 3 R. Ges. v. 11. Juni 1870, betr. das Urheberrecht an Schriftwerken u. s. w.

Der Autor kann bei Uebertragung seines Urheberrechts die weitere Uebertragung ausschließen; ist dies aber nicht geschehen und liegen auch sonst keine Gründe vor, anzunehmen, daß die Parteien das übertragene Recht an die Person des ersten Erwerbers knüpfen wollten, so ist die weitere Uebertragung wirksam. Urth. des II. Sen. v. 6. April 1888 (646/88).

7. §§ 14, 18 R. Ges. v. 30. November 1874 über den Markenschutz.

In das Handelsregister eingetragene Firmen sind durch das Gesetz vom 30. November 1874 nur dann geschützt, wenn dieselben in dem eingetragenen Wortlaut benutzt sind oder mit Abänderungen, welche nur durch Aufwendung besonderer Aufmerksamkeit wahrgenommen werden können. Zusätze genießen den Schutz nicht, auch wenn dieselben den berechtigten Inhaber noch deutlicher bezeichnen als die richtige Firma. Urth. des III. Sen. v. 26. April 1888 (594/88).

8. § 19 R. Ges. v. 21. Oktober 1878 gegen die gemeingefährlichen Bestrebungen der Sozialdemokratie. § 49 Str. G. Bch.

Das Abonniren auf eine periodisch erscheinende, verbotene Druckschrift erfüllt, ohne weitere Thätigkeit, den Thatbestand der Beihülfe zu der nach § 19 strafbaren Verbreitungsthätigkeit des Verlegers. Urth. des II. Sen. v. 13. März 1888 (504/88).

9. § 12 Ziff. 1 R. Ges. v. 14. Mai 1879, betr. den Verkehr mit Nahrungsmitteln u. s. w.

Die Strafbarkeit aus § 12 Ziff. 1 cit. setzt voraus, daß der Thäter die Gesundheitsschädlichkeit des Nahrungsmittels und die Absicht des Abnehmers kannte, dasselbe zu genießen oder es als Nahrungsmittel weiter zu geben. Kann die Gesundheitsgefährlichkeit beseitigt werden, so übt dies einen Einfluß nur dann, wenn der Thäter Maßregeln ergriffen hat, den Genuß ohne Anwendung der Beseitigungsmittel zu verhindern. Urth. des IV. Sen. v. 21. März 1888 (463/88).

10. § 2 R. Ges. v. 13. Mai 1884, betr. die Anfertigung und Verzollung von Zündhölzern.

Wenn bei Anfertigung u. s. w. von Zündhölzern unter Verwendung von weißem Phosphor jugendliche Personen anwesend sind, so trifft die strafrechtliche Verantwortlichkeit hierfür Diejenigen, die rechtlich oder thatsächlich die Disposition über die Arbeitsräume oder über die anwesenden jugendlichen Personen haben. Urth. des III. Sen. v. 16. April 1888 (509/88).

Für die Redaktion verantw.: S. Haenle. Verlag: W. Moeser Hofbuchhandlung. Druck: W. Moeser Hofbuchdruckerei in Berlin.

№ 27 und 28. Berlin, 15. Juni. 1888.

Juristische Wochenschrift.

Herausgegeben von

S. Haenle, Justizrath, Rechtsanwalt in Ansbach.

und

M. Kempner, Rechtsanwalt beim Landgericht I. in Berlin.

Organ des deutschen Anwalt-Vereins.

Preis für den Jahrgang 20 Mark. — Inserate die Zeile 40 Pfg. — Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt.

Inhalt.

Aufsätze für die Juristische Wochenschrift, welche nicht 2 Spalten überschreiten, können nur ausnahmsweise angenommen werden. Aufsätze, welche sich auf Angelegenheiten des Anwaltstandes und die Reichsjustizgesetze beziehen, erhalten den Vorzug.

Die Redaktion.

Vom Reichsgericht.*)

(Schluß.)

Wir berichten über die vom 1. — 10. Mai 1888 ausgefertigten Erkenntnisse.

IV. Das Preußische Allgemeine Landrecht.

12. Das B. G. hat die Klage abgewiesen, weil es zwar annimmt, daß der von den Parteien abgeschlossene Vertrag zu den im § 408 des A. L. R. Thl. I Tit. 5 vorgesehenen Verträgen, deren Hauptgegenstand Handlungen sind, gehöre, sodann aber annimmt, daß das im § 408 statuirte einseitige Rücktrittsrecht nur demjenigen Kontrahenten, welchem die Leistung der Handlungen versprochen ist, dem zu den Handlungen Berechtigten, nicht aber demjenigen, welcher zur Leistung der Handlungen vertragsmäßig verpflichtet ist, zustehe, daß nach dem vorliegenden Vertrage aber nur der Kl. sich zur Leistung von Handlungen verpflichtet habe, und diese Handlungen den Hauptgegenstand der Kontraktspflicht der Kl. ausmachte, die Kl. also nicht zum einseitigen Rücktritt gemäß § 408 berechtigt sei. Diese Argumentation ist durchweg rechtsirrthümlich. I. Zwar ist der vom B. G. in Bezug genommene Dernburg (Lehrbuch des Preußischen Privatrechts 2c. Bd. II 3. Auflage § 26 Nr. 3 p. 60—63) der Meinung, daß nur der auf die Handlungen Berechtigte unter der **bloßen Behauptung**, daß der Mitkontrahent bisher die Erfüllung nicht kontraktmäßig geleistet habe, oder solcher Gestalt nicht leisten könne, auf seine Gefahr (§ 409) von dem Vertrage wieder abgehen kann, und er giebt als ratio an, daß man durchschnittlich im Verkehr annehme, die fraglichen Handlungen würden nur zu Gunsten des Gläubigers stipulirt, so daß die Annahme derselben nur ein Recht, nicht eine Pflicht bilde, und das Aufdrängen der nicht weiter begehrten Arbeit unstatthaft sei, überdies ein direkter Zwang zur korrekten Leistung von Handlungen oft schwer durchführbar sei, und die von dem saumseligen und widerspenstigen Arbeiter erzwungene Leistung häufig von wenig Werth sein werde. (Vergl. auch l. c. pag. 105, pag. 531 Anmerkung 13 und pag. 550 Anmerkung 8 und pag. 551 Anmerkung 13). Ebenso gesteht Fischer (Lehrbuch des Preußischen Privatrechts § 55 pag. 323) das fragliche einseitige Rücktrittsrecht nur demjenigen zu, welcher die Handlungen zu fordern hat. Diese Ansicht kann aber nicht als richtig anerkannt werden. Sie trägt in den § 408 eine Unterscheidung hinein, welche mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht zu vereinigen ist, auch die ratio des Gesetzes nicht für sich hat, und, abgesehen von den beiden genannten Rechtslehrern, in der preußisch rechtlichen Doktrin sowenig, wie in der Rechtsprechung der höchsten Gerichtshöfe Anerkennung gefunden hat. Das Gesetz sagt, daß bei den Verträgen deren Hauptgegenstand Handlungen sind, **derjenige**, welcher behauptet, daß der **Andere** die **Erfüllung** bisher **nicht kontraktmäßig geleistet** habe 2c., von dem Vertrage abgehen könne. Die Bestimmung leidet also nicht bloß auf denjenigen Anwendung, welcher behauptet, daß der Andere die kontraktmäßigen **Handlungen** nicht geleistet habe, sondern auch auf denjenigen, welcher behauptet, daß der Andere das **kontraktmäßige Aequivalent für die Handlungen** nicht geleistet habe 2c. Es ist auch nicht abzusehen, weshalb nicht mit gleichem Rechte, mit welchem der Besteller eines Arbeiters denselben wegen behaupteter Saumseligkeit und Widerspenstigkeit einseitig fortschicken kann, auch der Arbeiter den Dienst soll einseitig verlassen dürfen, wenn er seinen kontraktlichen Lohn nicht zu erhalten behauptet. So führt auch Bornemann (Preußisches Civilrecht Bd. II 2. Ausgabe § 168 pag. 369) aus: die Redaktoren schienen bei der fraglichen Bestimmung davon ausgegangen zu sein, daß 1. dem Besteller, wenn er nach Ablauf der bestimmten Zeit die versprochene Handlung noch annehmen oder bei schlechter Vollziehung auf gehörige Leistung dringen müßte, in vielen Fällen etwas ganz Nutzloses oder sogar Schädliches würde aufgedrungen werden, sowie daß 2. der **andere Kontrahent**, wenn er, im Fall des **Unvermögens des Bestellers zur Gegenleistung** dennoch ge-

*) Nachdruck ohne Angabe der Quelle verboten.

bunden bleibe, auf höchst präjudizirliche Weise in dem freien Gebrauch seiner Kräfte gehindert werden möchte. Gruchot Beiträge Bd. III., pag. 157 führt aus: Ebensowenig ist dem Lohnarbeiter zuzumuthen, bei einer Vorenthaltung oder Verkürzung des ihm gebührenden Lohnes gleichwohl die übernommenen Arbeiten auszurichten und demnächst die Gegenleistung in aller Form Rechtens geltend zu machen. Auch er wird sich mit Recht seiner Verpflichtung überhoben erachten und sofort seine Arbeit, die ihm den täglichen Unterhalt verschaffen muß, verdingen. Koch (Recht der Forderungen 2. Ausgabe, Bd. II., pag. 521. Lehrbuch des preußischen Privatrechts 3. Ausgabe, Bd. II., § 568, pag. 209), Förster (Theorie und Praxis des Preußischen Privatrechts, 3. Auflage, Bd. 1, pag. 521), Förster-Eccius (in der 5. Auflage Bd I., pag. 535) geben die Bestimmung des § 408 dem Wortlaut entsprechend wieder, ohne die gedachte Unterscheidung zu machen oder auch nur einen Zweifel dagegen, daß das fragliche Rücktrittsrecht auch dem zur Leistung der Handlung Verpflichteten zustehe, zu erheben. Ebenso Siewert (Materialien Heft 8, pag. 160—163); derselbe wendet, wiewohl nicht speziell auf die in Rede stehende, von ihm gar nicht aufgeworfene Frage doch im Allgemeinen auf die Bestimmung des § 408 die Regel an, daß „wo das Gesetz nicht distinguirt, auch der Richter in praxi keine Distinktion zu suchen haben werde." Das vormalige Preußische Obertribunal in Berlin hat in dem in Striethorst's Archiv Bd. 20 Nr. 58 pag. 240 ff. mitgetheilten Urtheile vom 4. März 1856 ausdrücklich die Anwendbarkeit des in § 408 statuirten Rücktrittsrechts auf beide Kontrahenten mit folgender Motivirung ausgesprochen: „Dem § 408 liegt die dem Leben sehr entsprechende Erwägung zum Grunde, daß Nichts dabei herauskommt, dem Besteller eine Arbeit, die ihm nicht genehm ist, aufzudringen, sofern nur der Arbeiter seine volle Entschädigung erhält, und daß andererseits ein Zwang, die Arbeit zu thun, wider einen weigernden Arbeiter weder recht ausführbar ist, noch im Interesse des Bestellers liegt, daß also durch die vermöge des § 408 jedem Theile gegebene Befugniß, den Anspruch auf Erfüllung in eine Schadensforderung aus dem Vertrag aufzulösen, in der That keinem Theile zu nahe getreten, das beiderseitige Interesse vielmehr gefördert wird." In dem in Striethorst's Archiv Bd. 28 Nr. 45 pag. 204 ff. veröffentlichten Urtheile des Obertribunals vom 23. März 1858 ist ebenso ausgesprochen, daß das Rücktrittsrecht beiden Kontrahenten zustehe; es wird zunächst eingehend ausgeführt, daß es gerecht und sachgemäß und dem natürlichen Rechtsgefühl entsprechend sei, dem zu den Handlungen Berechtigten das Rücktrittsrecht einzuräumen, wenn der dazu Verpflichtete durch die That seine Unfähigkeit oder seinen bösen Willen zur Erfüllung gezeigt habe; dann wird fortgefahren: die Möglichkeit der Auflösung des Kontraktsverhältnisses ist dann durch die Sachlage geboten, und das Gesetz hat sie zu einer beiden Kontrahenten freistehenden gemacht, um die Gleichberechtigung aufrecht zu erhalten, und weil allerdings auch dem Handlungspflichtigen an der richtigen Zahlung des Aequivalents gelegen sein muß. Dabei ist es gewiß höchst angemessen, daß ein Zwang, den angeblich kontraktbrüchigen Kontrahenten ferner zu behalten, nicht stattfindet, vielmehr die Sache sich bei unbegründet befundener Weigerung in einen Entschädigungsanspruch auflöst. Auch in dem Urtheile des vormaligen R. O. H. G. vom 5. Mai 1874 (vergl. dessen Entscheidungen Bd. 13 Nr. 75 pag. 221 ff.) wird ausgeführt, daß der § 408 jedem Theile das Recht gebe, selbst und auf eigene Gefahr von dem Vertrage zurückzutreten, wenn er nur behaupte, daß der andere Theil die Erfüllung nicht vertragsmäßig geleistet habe oder nicht leisten will. Es wird daran noch die Bemerkung angeknüpft, daß die Praxis völlig und die Theorie bis auf vereinzelte Stimmen einig sei, daß der § 408 so zu verstehen, wie vorstehend ausgeführt worden. Das R. G. trägt keine Bedenken, sich dieser konstanten Rechtsprechung anzuschließen. Der Inhalt des vom B. G. noch in Bezug genommenen § 411 des A. L. R. Thl. I. Tit. 5 ist ungeeignet, den daraus vom B. G. gezogenen Schluß zu rechtfertigen. I. C. S. i. S. v. Rauchhaupt c. Eichhorn vom 18. April 1888, Nr. 16/88, Nr. 63/88 I.

13. Es ist vom R. G. bereits anderweitig (vgl. das Urtheil vom 30. November 1887 in Sachen Schlieben wider von Streifand und Genossen I. 277. 1887) ausgesprochen worden, daß die ausdrücklich bestimmte Zeit im Sinn des § 938 a. a. O. „nicht nothwendig ein chronologisch absolut bestimmter äußerster Zeitpunkt der Ablieferung zu sein braucht, sondern daß es genügt, wenn aus den Vertragsabreden erhellt, daß das verdungene Werk innerhalb eines (wenn auf relativ) bestimmten Zeitraums abgeliefert werden müsse." Von diesem Standpunkt aus ist mit dem B. R. anzunehmen, daß den § 938 nicht schon dadurch unanwendbar geworden ist, daß der Kl. auf die Geltendmachung des ursprünglichen in dem Vertrage vom März 1884 festgesetzten Lieferungstermin (20. Juli 1884) verzichtet und dem Bekl. das Fortarbeiten an dem beim Eintritt desselben noch unvollendeten Werk gestattet hat. Die Begründung des B. U. ist zwar insofern nicht unbedenklich, als sie das Rücktrittsrecht auf Grund des § 938 in allen Fällen zuzugestehen scheint, in denen, ohne daß eine Erfüllungszeit im Vertrage festgesetzt ist, die Erfüllung binnen angemessener Frist nach Art. 326 H. G. B. vom Besteller gefordert wird. Es kann fraglich erscheinen, ob diese Auffassung dem § 938 a. a. O. nicht eine zu weit gehende Bedeutung beilegt. Im vorliegenden Fall braucht hierauf indeß nicht eingegangen zu werden, denn es ist unbedenklich anzunehmen, daß bei Gestattung der Fortarbeit an dem unvollendeten Werk über den ursprünglichen Ablieferungstermin hinaus die Absicht der Parteien und namentlich des Kl. darauf gerichtet war, der Bekl. solle die Fertigstellung mit thunlichster Beschleunigung herbeiführen. Die Bestimmung des Werkes für den Brauereibetrieb des Kl., der Umstand, daß die Anlage sich auf dem klägerischen Grundstück befand, vor Allem die erheblichen Vorauszahlungen, die der Kl. geleistet hatte, sprechen dafür, daß der Kl. nur unter der obigen Voraussetzung davon Abstand nehmen wollte, auf der Erfüllung des Werkverdingungsvertrages vom März 1884 zu bestehen. I. C. S. i. S. Welz c. Jaeckel vom 18. April 1888, Nr. 60/88 I.

14. Der B. R. stellt fest, daß der Bekl. zwar eine Kostenrechnung in der S.'schen Nachlaßsache angefertigt, in dieselbe aber die mehrgenannten Depositalgebühren nicht aufgenommen habe; auch geht der vorige Richter thatsächlich davon aus, daß die Rechnung den nach Erledigung des Verfahrens aufzustellenden definitiven Kostenansatz enthalten sollte. Hat man es demnach

im vorliegenden Falle mit einer Gebührenrechnung zu thun, welche die sämmtlichen bereits fälligen Gerichtskosten zu liquidiren hatte, so liegt ein irriger Ansatz im Sinne von § 5 G. K. G. vor, mag nun aus einem materiell unrichtigen Erwägungsgrunde oder aus einem Versehen, einer bloßen Vergeßlichkeit oder einer sonstigen Nachlässigkeit, der eine oder andere Gebührenposten nicht oder nicht gehörig berücksichtigt und deshalb eine zu niedere Gesammtrechnung aufgestellt worden sein. In allen solchen Fällen erscheint die nachträgliche Anforderung des zu wenig Berechneten ausgeschlossen, wenn die in § 5 l. c. festgesetzte Frist verflossen ist. Da diese Frist zur Berichtigung der vom Bekl. angefertigten Kostenrechnung längst abgelaufen ist, so ergiebt sich, daß der hiernach eingetretene Verlust der nicht liquidirten Gebühren dem Beklagten zur Last fällt. III. C. S. i. S. Petri c. Fiskus vom 13. April 1888. Nr. 11/88 III.

15. Der Verzug des Schuldners setzt ein Versehen desselben hinsichtlich der mangelnden Erfüllung der Verbindlichkeit voraus. Ein vertretbares Versehen auf Seite des Schuldners ist aber als ausgeschlossen anzusehen, wenn es der Gläubiger seinerseits an derjenigen Thätigkeit fehlen läßt, welche erforderlich ist, den Schuldner in den Stand zu setzen, seiner Verbindlichkeit nachzukommen, und diese Thätigkeit erstreckt sich insbesondere darauf, daß der Gläubiger Anstalten trifft, damit die rechtzeitige Entgegennahme der schuldigen Leistung am Erfüllungsorte erfolgen kann, daß er also zu dem Zwecke zur Erfüllungszeit am Orte der Erfüllung entweder selbst anwesend oder durch einen legitimirten Bevollmächtigten vertreten ist. Nur wenn diese Voraussetzung zutrifft und der Schuldner dessenungeachtet, und obgleich ihm auch sonst ein Entschuldigungsgrund nicht zur Seite steht, die Erfüllung verabsäumt, kommt er in Verzug und hat die Folgen des Verzuges zu tragen. IV. C. S. i. S. Barich c. Barich vom 16. April 1888, Nr. 3/88 IV.

16. Schon an sich muß es im Zweifel als der Natur einer gewährten Nachfrist entsprechend betrachtet werden, daß nach fruchtlosem Verlauf derselben die Wirkungen des Verzuges wegen Verabsäumung des ursprünglichen Erfüllungstermins geltend gemacht werden können. Denn die Gewährung einer Nachfrist hat im Zweifel den Sinn, daß dem Säumigen die Möglichkeit einer nachträglichen purgatio morae eröffnet wird. Macht er hiervon keinen Gebrauch, so kommt er nicht erst jetzt in Verzug, sondern er ist von vorn herein in demselben verblieben. I. C. S. i. S. Welz c. Jaeckel vom 18. April 1888, Nr. 60/88 I.

17. Der § 700 erfordert, wenn er von „groben und widerrechtlichen Kränkungen der Ehre" spricht, zu seiner Anwendung, wie das R. G. schon wiederholt unter Hinweis auf den Zusammenhang der §§ 699 bis 702 a. a. O., sowie die Vorschrift des § 748 ebenda, welche Nachstellungen nach Leben, Gesundheit, Freiheit und Ehre (§§ 699, 700) für gleich schwere Ehevergehen erklärt, ausgeführt hat (zu vergl. u. a. das Urtheil vom 17. Januar 1887 in Gruchot's Beiträgen Bd. 31 S. 987), die bösliche Absicht des beleidigenden Theil dem anderen Ehegatten die Achtung, worauf derselbe vermöge seiner Verhältnisse Anspruch machen kann, zu entziehen und ihm dadurch einen bleibenden Schaden zuzufügen, und das Vorhandensein dieser Absicht verneint der Berufungsrichter. IV. C. S. i. S. Kaze c. Kaze vom 16. April 1888, Nr. 10/88 IV.

18. In mehrfachen Entscheidungen hat der jetzt erkennende Senat übereinstimmend mit dem Erkenntniß des vormaligen Preußischen Obertribunals vom 19. Mai 1854 (Striethorst Archiv, Bd. 14 S. 31) ausgesprochen, daß die Erfordernisse der Anwendung des § 711 gegeben seien, wenn der Ehemann in Folge eignen Verschuldens thatsächlich nicht im Besitze der zum Unterhalte der Frau erforderlichen Mittel sich befindet, und daß darauf nichts ankommt, ob derselbe an sich, wenn er einen ordentlichen Lebenswandel führen wollte, im Stande sein würde, die Frau zu ernähren. IV. C. S. i. S. Pommerening c. Pommerening vom 11. April 1888, Nr. 8/88 IV.

V. Sonstige Preußische Landesgesetze.

Zum Preußischen Verfassungsrecht.

19. Richtig ist, daß auch zur Zeit, als in Preußen noch keine Verfassung bestand, nicht jede Königliche Kabinetsordre ihrem Inhalte nach als ein Ausfluß der in der Person des Königs ruhenden gesetzgebenden Gewalt anzusehen war. Aber der formellen Geltung nach hatte jede Kabinetsordre die Bedeutung eines Gesetzes. Vergleiche Förster, Preußisches Privatrecht, Bd. 1 § 9, S. 32. II. C. S. i. S. Stadt Aachen c. Fiscus vom 20. April 1888, Nr. 47/88 II.

Zu den Ablösegesetzen.

20. Der Widerspruch des Rbkl. gegen die Zulässigkeit der Revision ist beim mündlichen Vortrage dahin erläutert worden, daß nach § 67 des Gesetzes über das Verfahren in Auseinandersetzungs-Angelegenheiten vom 18. Februar 1880 die Revision nicht stattfinde hinsichtlich der Frage der Zuständigkeit der Auseinandersetzungs-Behörden, weil diese Frage zu denen gehöre, welche „außerhalb eines Auseinandersetzungs-Verfahrens nicht Gegenstand eines Rechtstreites hätten werden können". Dieser Auffassung des § 67 a. a. O. kann nicht beigetreten werden. Derselbe macht die Zulässigkeit der Revision abhängig von der Art des streitigen Rechtsverhältnisses. Das im vorliegenden Prozesse streitige Rechtsverhältniß aber ist der Anspruch des Fiskus, seinerseits von den Bekl. zu verlangen, daß sie dem Stifte zu M. gewisse Fuhren leisten, ein Anspruch, welcher unzweifelhaft auch außerhalb eines Auseinandersetzungs-Verfahrens Gegenstand eines Rechtsstreites werden konnte und dann zum ordentlichen Rechtswege gehörte. Deßhalb ist die Revision zulässig, und Folge der Zulässigkeit der Revision ist es, daß der Prüfung des Revisionsgerichts alle einzelnen in der Sache streitig gewordenen Rechtsfragen unterliegen, ohne Rücksicht darauf, ob es sich um Fragen des materiellen oder des Prozeßrechts handelt, und ob sie aus den das Verfahren vor den Auseinandersetzungs-Behörden regelnden oder aus andern Gesetzesvorschriften zu entscheiden sind. Zu den einzelnen Rechtsfragen, deren Beantwortung zur Entscheidung des Rechtsstreites erforderlich ist, gehört die Frage der Zuständigkeit des Gerichts. Daß die Verletzung der diese Frage regelnden Rechtsnormen die Revision in einem von den Auseinandersetzungs-Behörden entschiedenen Streite auch dann nicht begründen könne, wenn der Streit ein an sich der Revision zugängliches Rechtsverhältniß betrifft, daß also die eigne Entscheidung der Auseinandersetzungs-Behörden über ihre Zuständigkeit der Anfechtung durch die Parteien in ausgedehnterem Maße

entzogen sein sollte, als die entsprechende Entscheidung der ordentlichen Gerichte erster und zweiter Instanz, ist aus Wortinhalt und Absicht des Gesetzes vom 18. Februar 1880 nicht zu entnehmen. Der Commentar von Glatzel und Sterneberg („das Verfahren in Auseinandersetzungs-Angelegenheiten" 1880) rechnet denn auch (§ 656) die Vorschrift des § 513 Nr. 4 der C. P. O., daß eine Entscheidung stets als auf einer Verletzung des Gesetzes beruhend anzusehen (also mit der Revision anfechtbar) sei, wenn das Gericht seine Zuständigkeit oder Unzuständigkeit mit Unrecht angenommen habe, zu den für die Revision in Auseinandersetzungs-Angelegenheiten anwendbaren. Wenn ebendort (§ 652) von den Voraussetzungen, unter welchen nach § 509 der C. P. O. die Revision ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes stattfindet, nur die, „insoweit es sich um die Unzulässigkeit des Rechtsweges oder die Unzulässigkeit der Berufung handelt", als im Auseinandersetzungs-Verfahren anwendungsfähig bezeichnet werden, die fernere Voraussetzung des § 509 aber, „insoweit es sich um die Unzuständigkeit des Gerichts handelt", als für dieses Verfahren bedeutungslos erklärt wird, so dürfte dabei der Fall, daß die Frage, ob die Auseinandersetzungs-Behörde oder das ordentliche Gericht zuständig, streitig ist (— was, wie vorliegend, auch außerhalb des Gebietes des Kompetenzkonfliktes vorkommen kann —), entweder unerwogen geblieben, oder als unter den Streitigkeiten über die Zulässigkeit des Rechtsweges mitbegriffen erachtet worden sein. Die Praxis des R. G. hat auch seither die Anfechtbarkeit einer Entscheidung der Auseinandersetzungs-Behörden wegen deren Unzuständigkeit nicht beanstandet. Durch Urtheil vom 10. Januar 1885 zur Sache von Heineken wider die Separationsinteressenten von Rietorf V. 189/84 ist aus diesem Grunde ein Urtheil des Oberlandeskulturgerichts aufgehoben worden in einem Falle, in welchem die Art des Streitgegenstandes nach § 67 des Gesetzes vom 18. Februar 1880 die Revision gestattete, die Revisionssumme (C. P. O. § 508) aber fehlte. V. C. S. i. S. Grundbesitzer zu Ball und Genossen c. Fiskus vom 10. März 1888, Nr. 263/87 V.

21. Nicht der § 7, sondern der § 8 der Verordnung, vom 30. Juni 1834 ermächtigt die Generalkommissionen, „ihre Vermittlung auch auf solche Geschäfte, sowohl unter den Hauptparteien, als unter ihnen und andern, bei dem Gegenstande der Auseinandersetzung nicht betheiligten Personen auszudehnen, deren Regulirung zwar in keinem nothwendigen Zusammenhange mit dem Hauptgegenstande der bei ihnen anhängigen Auseinandersetzung steht, welche aber zur besseren Regulirung des Hauptgeschäfts gereichen." Welche Geschäfte dies sind, dafür giebt das Gesetz Beispiele, zieht aber keine festen Grenzen. Innerhalb der durch die Natur der Sache und durch die Stellung der Auseinandersetzungsbehörden sich ergebenden Grenze, daß es sich um Angelegenheiten handeln muß, welche mit dem Hauptgeschäfte der Auseinandersetzung in erkennbarem sachlichen Zusammenhange stehen, und für welche nicht die ausschließliche Zuständigkeit anderer Behörden begründet ist, entscheidet das Ermessen der Auseinandersetzungsbehörde nach Rücksichten der Zweckmäßigkeit. Auch Rechtsstreitigkeiten, welche der Regel nach zur Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gehören, sind grundsätzlich nicht anders zu behandeln, als sonstige Geschäfte, denn auch richterliche Funktionen stehen den Auseinandersetzungsbehörden innerhalb ihres Geschäftskreises zu und die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte ist insoweit keine ausschließliche. Zudem bestimmt der § 8 a. a. O., letzter Absatz, ausdrücklich, daß „bei den zur Verhandlung gezogenen Nebengeschäften in Bezug auf die Amtsbefugnisse der Generalkommission, namentlich auch wegen Entscheidung der Streitigkeiten, die nämlichen Vorschriften gelten, wie hinsichtlich des Hauptgeschäfts" (vergl. auch Erkenntniß des Preußischen Kompetenzgerichtshofes vom 3. Mai 1856, Justiz-Min.-Bl. S. 225). Nur der, allerdings wesentlichen Beschränkung unterliegt die Heranziehung derartiger beiläufiger Regulirungen zu einem anhängigen Auseinandersetzungsverfahren, daß sie die Einwilligung der Betheiligten zur Voraussetzung hat (mit der hier nicht interessirenden Maßgabe, daß unter mehreren Betheiligten, die unter sich gleichartiges Interesse haben, die Einwilligung eines Viertels genügt, vergl. Zeitschrift für Landeskulturgesetzgebung Bd. 15 S. 264). Einer besonderen Form bedarf diese Einwilligung nicht, wie sich schon daraus ergiebt, daß der § 8 a. a. O. das Erforderniß der Einwilligung in der negativen Fassung zum Ausdruck bringt: den Betheiligten .... kann die Wirksamkeit der Auseinandersetzungsbehörden wider ihren Willen nicht aufgedrungen werden." Es ist aber für den vorliegenden Fall als eine dem Gesetze völlig genügende stillschweigende Einwilligung der Parteien in die Instruktion und Entscheidung des Rechtsstreites durch die Auseinandersetzungsbehörde anzusehen, daß sie sich in I. wie in II. J. auf die Verhandlung eingelassen haben, ohne die Unzuständigkeit der Auseinandersetzungsbehörde zu rügen, zumal naheliegender Anlaß hierzu dadurch geboten war, daß der Prozeß beim ordentlichen Gerichte anhängig war und von diesem, ohne Veranlassung durch Parteianträge, an die Auseinandersetzungsbehörde abgegeben wurde. Auf Seiten der Bekl. tritt hinzu, daß sie bei Einlegung der Berufung gegen das Urtheil I. J. den Einwand der Unzuständigkeit der Auseinandersetzungsbehörden nicht erhoben, sondern anderweitige sachliche Entscheidung beantragt haben. Darin ist eine stillschweigende Prorogation auch auf Seiten derjenigen Bekl. enthalten, welche sich der Berufung angeschlossen haben, nachdem sie es in I. J. auf Versäumnißurtheil hatten ankommen lassen. Ob schon die Nichterhebung der Unzuständigkeitseinrede im ersten Instruktionstermine in analoger Anwendung des § 39 der C. P. O. als stillschweigende Prorogation anzusehen sein würde, (— immer vorausgesetzt, daß eine nach § 8 der Verordnung vom 30. Juni 1834 zur Prorogation an sich geeignete Sache vorliege —) bedarf bei dieser Sachlage keiner Prüfung. War aber, das Einverständniß der Parteien vorausgesetzt, die Auseinandersetzungsbehörde nach § 8 a. a. O. zur Verhandlung und Entscheidung der Sache befugt, so kann die solchergestalt einmal begründete Zuständigkeit durch einseitigen Rücktritt einer Partei von ihrer (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Zustimmung nicht zum Nachtheile der andern Partei wieder aufgehoben werden, und deßhalb ist die Revision durch die Unzuständigkeitseinrede nicht zu begründen. Vergl. Entscheidung bei voriger Nummer.

Zu den Stempelgesetzen.

22. Nach der Rechtsprechung des R. G., wie sich dieselbe nach einigem Schwanken neuerdings festgestellt hat, deckt der Stempel der Tarifposition-Cessionsinstrumente auch die-

jenigen Verabredungen, welche in jene Instrumente über die Festsetzung und Berichtigung der Cessionsvaluta aufgenommen sind, obwohl solche nicht dem eigentlichen Cessionsakte, sondern dem zu Grunde liegenden Cessionsvertrage angehören, und es erfordert insbesondere die als integrirender Bestandtheil dieses Vertrages anzusehende Erklärung des Cessionars, wodurch er sich zur Verzinsung und späteren Zahlung der in einer Geldsumme bestimmten Valuta verpflichtet, nicht den für „Schuldverschreibungen" normirten Stempel. Diese Auffassung steht nicht, wie der R. Bekl. geltend macht, im Widerspruch mit den in dem diesseitigen Urtheil vom 18. September 1884 (Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. 12 S. 249 fg.) entwickelten Grundsätzen über das Verhältniß des Cessionsaktes zu dem demselben zu Grunde liegenden Vertrage — dem Cessionsvertrage —; sondern sie beruht im Wesentlichen auf einer dem Stande der damaligen Rechtsanschauung entnommenen Auslegung des Wortes „Cessionsinstrumente" in dem Stempeltarif vom 7. März 1822 (vergl. Urtheil des R. G. vom 5. Juli 1886 — IV 486/85 —, abgedruckt in Gruchot's Beiträgen Bd. 31, S. 1011 fg.). — Auch der B. R. ist derselben insoweit gefolgt, als es sich lediglich um die Festsetzung von „Zahlungsmodalitäten" handle. Er befindet aber, daß die im vorliegenden Falle getroffenen Vereinbarungen hierüber weit hinausgingen und eine zu der Cession als dem prinzipalen Rechtsgeschäfte hinzutretende „selbstständige Stipulation" darstellten. Bezüglich des Zahlungsversprechens ist diese Annahme um deswillen unzutreffend, weil die beurkundete Zahlungsverpflichtung sich ohne Weiteres aus dem Wesen der Cessionsvaluta, als der vom Cessionar zu entrichtenden Gegenleistung, in Verbindung mit der Festsetzung eines späteren Erfüllungstermins ergab, und die hierin liegende Kreditirung eines Theils der Valuta zweifellos zu den Zahlungsmodalitäten gehört. Aber auch die Hypothekbestellung vermag in Folge ihrer lediglich accessorischen Natur dem in Frage stehenden Theile des Urkundeninhalts die Bedeutung eines selbstständigen Geschäfts, namentlich einer Hypothekarischen Schuldverschreibung nicht zu verleihen, wenn das Zahlungsversprechen selbst, wie gezeigt den Charakter einer besonderen Schuldverschreibung nicht hat, und das Nämliche gilt von der hinzugefügten Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung. Die hierauf bezüglichen Argumente des Berufsrichters führen nur zu dem — an sich nicht zweifelhaften — Ergebniß, daß derartige Stipulationen zu den wesentlichen Bestandtheilen eines Abtretungsvertrages nicht gehören; sie berechtigen jedoch nicht dazu, denselben, wenn sie einem konkreten Cessionsvertrage einverleibt sind, die Natur accidentaler Bestandtheile des letzteren abzusprechen und ihnen die ihrem Wesen widersprechende Bedeutung besonderer Geschäfte beizulegen. — Wenn sich der B. R. außerdem noch auf die in der Verordnung vom 16. Januar 1840 enthaltene Bestimmung berufen hat, wonach, wenn zur Sicherstellung der in einem Vergleiche übernommenen Geldschuld eine Hypothek bestellt wird, der für hypothekarische Schuldverschreibungen vorgeschriebene Stempel Anwendung finden soll, so ist in dieser singulären Vorschrift weder ein allgemein gültiger Rechtssatz zu finden, noch liegen die Erfordernisse analoger Anwendung auf den gegenwärtig in Frage stehenden, ganz anders gearteten Fall vor. IV. C. S. i. S. Kornfeld c. Fiscus vom 24. April 1888, Nr. 19/88 IV.

Zum Enteignungs- und sog. Fluchtliniengesetz.

23. Nach § 13 des Gesetzes vom 2. Juli 1875 kann eine Entschädigung wegen Entziehung oder Beschränkung des von der Festsetzung neuer Fluchtlinien betroffenen Grundeigenthums nur in den unter Nr. 1 bis 3 aufgeführten Fällen gefordert werden. Nach § 14 a. a. O. kommen für die Feststellung der nach § 13 zu gewährenden Entschädigungen &c. die §§ 24 flgd. des Enteignungsgesetzes zur Anwendung, d. h. es ist über die Entschädigung zunächst vor der zuständigen Verwaltungsbehörde zu verhandeln und von derselben zu entscheiden. Die Festsetzung neuer Fluchtlinien, von welcher § 13 a. a. O. spricht, durchläuft nach den §§ 1, 7 und 8 a. a. O. verschiedene Stadien, bis, nach Erledigung der etwa erhobenen Einwendungen, nach § 8 a. a. O. die förmliche Feststellung des Planes durch den Gemeindevorstand und dessen (wiederholte) Offenlegung erfolgt, mit welcher auch § 11 a. a. O. die Beschränkung des Grundeigenthümers, daß Neubauten, Um- und Ausbauten über die Fluchtlinie hinaus versagt werden können, endgültig eintritt. Der Kl. will nun diese letztere Bestimmung dahin verstanden wissen, daß die gesetzliche Beschränkung der Baufreiheit, welche sich an die nach den Vorschriften des Gesetzes vom 2. Juli 1875 erfolgte Festsetzung der Straßen- und Baufluchtlinien knüpft, überhaupt erst mit dem im § 11 gedachten Zeitpunkt in Wirksamkeit trete, dergestalt, daß vor diesem Zeitpunkte die Baufreiheit des Grundeigenthümers nicht weiter beschränkt sei, als sie ohne den Bebauungsplan beschränkt sein würde, eine darüber hinausgehende Beschränkung derselben durch polizeiliche Verfügung also in Ansehung der Entschädigungsberechtigung nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 75 der Einleitung zum A. L. R., § 4 des Gesetzes vom 11. Mai 1842) zu beurtheilen sei. Mit Recht hat der B. R. in Uebereinstimmung mit dem I. R. diese Ansicht verworfen. Dieselbe erweist sich mit dem Zweck und Geist des Gesetzes völlig unvereinbar. Sollte die Polizeibehörde im Laufe des der definitiven Feststellung und Veröffentlichung des Bebauungsplanes vorhergehenden Verfahrens, selbst nach der ersten Offenlegung (§ 7 a. a. O.) des Plans nicht befugt sein, Gesuche um Ertheilung des Baukonsenses, welche dem Bebauungsplan zuwiderlaufen, aus eben diesem Grunde zurückzuweisen, so würde der Zweck des Gesetzes, eine geordnete Bebauung ohne übermäßige Belastung der Gemeinden herbeizuführen, durch spekulative oder rücksichtslose Baukonsensgesuche völlig vereitelt werden können, was besonders bei Aufstellung sogenannter Retablissementspläne nach umfassenden Bränden (§ 2 Abs. 2 a. a. O.) sich geltend machen würde. (Vergleiche Entscheidungen des Ober-Verwaltungsgerichts Bd. 8 S. 323). Es trägt einen Widerspruch in sich selbst, wenn man dem Betheiligten, welcher gegen den nach § 7 a. a. O. offen gelegten Plan Einwendungen erheben und auf die Entscheidung der competenten Behörde provociren kann, gleichzeitig das Recht zugestehen wollte, bei der Polizeibehörde den Baukonsens so zu beantragen, als ob der von ihm angegriffene Bebauungsplan überhaupt nicht existirte, andererseits aber die Polizeibehörde für verpflichtet erachten wollte, bei Prüfung des Gesuchs den mit ihrer Zustimmung (§ 1 a. a. O.) aufgestellten Bebauungsplan unberücksichtigt zu lassen. Wenn die Polizeibehörde auf Grund des Bebauungsplanes vor förmlicher Feststellung und erneuter Offenlegung (§ 8 a. a. O.) desselben den nachgesuchten Bau-

konsens verweigert, so sind nur zwei Fälle denkbar: einmal: der Plan wird in Folge der dagegen erhobenen Einwendungen beseitigt oder dergestalt abgeändert, daß er mit dem zurückgewiesenen Bauprojekt nicht kollidirt; dann erweist sich allerdings die Zurückweisung als ein Eingriff in das Eigenthum, welcher dem davon Betroffenen unter Umständen einen Anspruch auf Schadloshaltung gewähren könnte, andernfalls aber, wenn nämlich der Plan zur förmlichen Feststellung gelangt und demgemäß wiederholt offen gelegt wird, ist die Grundlage der polizeilichen Verfügung intakt geblieben, die aus dem Bebauungsplan sich ergebende Beschränkung der Baufreiheit ist endgültig eingetreten, die Versagung des Baukonsenses unwiderruflich geworden. Grund dieser Versagung aber ist die Festsetzung der neuen Fluchtlinien, welche sich, wie bereits oben angedeutet, nicht in *einem* Akt, sondern in einer Reihe von Akten vollzieht. Es liegt also auch dann, wenn *vor* dem im § 8 a. a. O. angegebenen Zeitpunkt aber auf Grund des beschlossenen und behufs etwaiger Anbringung von Einwendungen bereits veröffentlichten Bebauungsplans der nachgesuchte Baukonsens verweigert worden ist, der Fall einer „Beschränkung des von der Festsetzung neuer Fluchtlinien betroffenen Grundeigenthums“ vor, woraus sich die Anwendbarkeit des § 13 a. a. O. ergiebt. Auch die Fassung des § 11 a. a. O. steht der Ansicht des Kl. nicht zur Seite. Zutreffend wird von dem B. R. in Uebereinstimmung mit dem I. R. und in Einklang mit den Grundsätzen des Oberverwaltungsgerichts (Entscheidungen Bd. 8 S. 323 flgd.; Friedrichs das Gesetz vom 2. Juli 1857 § 11 not. 5) darauf hingewiesen, daß der Ausdruck: „endgültig“ im § 11 sich nur durch die Annahme erklären lasse, daß die mit dem im § 11 angegebenen Zeitpunkt endgiltig werdende Beschränkung schon vorher, wenn auch nur *vorläufig* wirksam bestanden habe. Diese Auslegung des § 11 und die daran geknüpfte Anwendung des § 13 a. a. O. ist als richtig anzuerkennen. Hiernach aber kann Kl. seinen Entschädigungsanspruch, wenn ihm ein solcher zusteht, nicht direkt im Rechtswege, sondern nur in den Formen des Enteignungsverfahrens geltend machen (§ 14 des Gesetzes vom 2. Juli 1875, § 28 flgd. des Enteignungsgesetzes). V. C. S. i. S. Reetz c. Stadt Stettin vom 11. April 1888, Nr. 28/85. V.

24. Die Einleitung des Enteignungsverfahrens herbeizuführen, bezweckt der eventuelle Klageantrag, dessen Zulässigkeit nicht zu beanstanden ist. (Vergl. Entscheidungen des R. G. Bd. I S. 171.) Dieser Antrag ist von den Instanzrichtern abgewiesen worden, weil keiner der drei Fälle vorliege, in welchen das Gesetz einen Anspruch auf Entschädigung wegen Beschränkung des von der Festsetzung neuer Fluchtlinien betroffenen Grundeigenthums gewährt. Es ist zuzugeben, daß der Wortlaut der hier allein in Betracht kommenden Nr. 2 im § 13 a. a. O. dem Anspruch des Kl. entgegenzustehen scheint. Derselbe lautet: wenn die Straßen- oder Baufluchtlinie *vorhandene* Gebäude trifft und das Grundstück bis zur neuen Fluchtlinie von Gebäuden freigelegt wird. Nun steht fest, daß das Theatergebäude des Kl. zur Zeit der Festsetzung der neuen Fluchtlinie durch Brand zerstört, also das Gebäude nicht mehr vorhanden war. Der Kl. meint zwar, daß die angeblich zur Zeit der Offenlegung des Planes noch vorhandenen Reste des abgebrannten Theaters als Gebäude im Sinne des § 13 Nr. 2 anzusehen wären, und die Revision rügt, daß der Richter es unterlassen, aufzuklären und festzustellen, welcher Art diese Reste gewesen seien. Es kann dies jedoch dahingestellt bleiben, weil eine sinngemäße Interpretation der oben citirten Gesetzesbestimmung (§ 13 Nr. 2) zu einem anderen Resultat führt, als zu welchem der B. R. gelangt ist. Es ist hierbei auf die Entstehungsgeschichte des § 4 des Gesetzes vom 2. Juli 1875 und insbesondere des § 13, welcher von der Entschädigung handelt, zurückzugehen. Dieselbe wird mitgetheilt und dann gesagt: Aus dem Gegensatz der Motive zwischen bebauten und *bisher* nicht bebauten Grundstücken ist zu entnehmen, daß im Sinne des Entwurfs ein bebautes Grundstück diese Eigenschaft dadurch noch nicht verloren hat, daß zur Zeit der Fluchtlinienfestsetzung die aufstehenden Gebäude durch Naturereignisse oder auch durch den Eigenthümer selbst (zum Zweck des Wiederaufbaues) augenblicklich niedergelegt waren. Der Zustand, welcher die Eigenschaft eines Grundstücks als eines bebauten oder eines nicht bebauten bedingt, ist offenbar als ein dauernder gedacht. Die veränderte Fassung des an Stelle des § 10 des Entwurfs getretenen § 13 des Gesetzes rührt aus der Kommission des Abgeordnetenhauses her. Aus dem Kommissionsbericht ergiebt sich klar, in welchem Sinne die Abänderungen des Entwurfs vorgeschlagen und, wie angenommen werden muß, auch beschlossen worden sind, klar wenigstens insofern, als ersichtlich ist, in welchen Punkten eine Abänderung des Entwurfs *nicht* beabsichtigt worden ist. Wird näher erörtert und schließlich bemerkt: Die gewollten Abweichungen des zum Gesetz gewordenen Kommissionsvorschlags gegenüber dem Regierungsentwurf bestehen also lediglich in der Hinzufügung der Nr. 3 im § 13 zu Gunsten des von der Festsetzung neuer Fluchtlinien betroffenen Grundeigenthums und in der Fixirung des Zeitpunkts, in welchem Entschädigung auch vor der wirklichen Enteignung der zu Straßen und Plätzen bestimmten Grundflächen (Nr. 1 § 13) gefordert werden kann, durch Beifügung der Bedingung in Nr. 2, daß das Grundstück bis zur neuen Fluchtlinie von Gebäuden freigelegt wird, damit nicht durch bloße Nachsuchung des Baukonsenses der Entschädigungsfall rechtzeitig herbeigeführt werden kann. (Vergleiche Kommissionsbericht a. a. O. S. 1708.) Im Uebrigen ist bei diesem Punkte eine Abänderung des Entwurfs nicht beabsichtigt, insbesondere der Gegensatz zwischen bebauten und nicht bebauten Grundstücken aufrecht erhalten und nur bei letzteren dem Eigenthümer bis zur wirklichen Enteignung des Straßenterrains (Nr. 1 § 13) jede Entschädigung, abgesehen von dem Ausnahmefall der Nr. 3 § 13 abgesprochen worden. Daß aber unter einem unbebauten Grundstück ganz im Einklang mit den Motiven zum Regierungsentwurf nur ein bisher überhaupt nicht bebautes, sondern in anderer Weise benutztes Grundstück verstanden ist, ergiebt sich klar aus der dann mitgetheilten Stelle des Kommissionsberichts (S. 1702 a. a. O.). Aus diesem Begriff des unbebauten Grundstücks aber ergiebt sich weiter, was unter der Bezeichnung: „vorhandene Gebäude“ in Nr. 2 § 13 zu verstehen ist, nämlich dem Sinne nach nichts anderes, als was im § 10 Abs. 3 des Regierungsentwurfs durch „bebautes Grundstück“ ausgedrückt ist. Danach aber kann es nicht darauf ankommen, ob gerade zur Zeit, da die Feststellung neuer Fluchtlinien erfolgt, auf einem davon betroffenen bisher bebauten Grundstück die vorhanden gewesenen Gebäude durch ein Naturereigniß zerstört, oder auch von dem Eigenthümer

selbst zum Zweck eines Neubaues niedergelegt waren. Der Charakter des Grundstücks als eines bebauten ist dadurch noch nicht verloren gegangen. In einem solchen Fall ist das zerstörte oder abgebrochene Gebäude — welches übrigens in der Regel in seinen Trümmern, Fundamenten und dergleichen auch äußerlich noch als solches erkennbar sein wird, — im Sinne des § 13 Nr. 2 als ein vorhandenes anzusehen. Ob dies auch angenommen werden könnte, wenn nach der Zerstörung oder dem Abbruch eines Gebäudes eine längere Zeit verstrichen, inzwischen vielleicht der Platz in anderer Art benutzt worden wäre, würde nach den Umständen des gegebenen Falls zu beurtheilen sein. (Vergleiche Plenar-Beschluß des Preußischen Obertribunals vom 11. Mai 1846, Entscheidungen Bd. 13 S. 27.) Im vorliegenden Fall kommt diese Frage nicht in Betracht, weil unmittelbar nach dem Brande des Theaters einerseits Kläger die zum Wiederaufbau erforderlichen Schritte durch Nachsuchung des Baukonsenses gethan und andererseits dieses Vorhaben von Seiten der Bekl. durch Aufstellung des neuen Bebauungsplans durchkreuzt worden ist. Muß in Folge des letzteren die von dem Eigenthümer beabsichtigte Wiederaufrichtung des abgebrannten Gebäudes unterbleiben und ist, wie von Seiten des Klägers ohne Widerspruch behauptet ist, das über die Fluchtlinie hinausreichende Terrain freigelegt worden, so ist damit die Bedingung, unter welcher Nr. 2 des § 13 den Entschädigungsanspruch als gegeben erklärt, für eingetreten zu erachten. Darnach ist der eventuelle Klageantrag, wie er in erster Instanz gestellt war, gerechtfertigt. Das Vorhandensein des Zaunes, von dessen Zurückrückung bis zur Fluchtlinie die Beklagte ihr Einverständniß mit dem demgemäß eventualissime gestellten Antrage abhängig gemacht hat, steht der unbedingten Verurtheilung der Bekl. zur Stellung des Antrages auf Feststellung der Entschädigung nicht entgegen, da der Zaun als ein Gebäude im Sinne des § 13 Nr. 2 nicht angesehen werden kann. Siehe Entscheidung bei voriger Nummer.

VI. **Das Französische Recht (Badische Landrecht).**

25. Der Erwerb und die Ausübung des außerordentlichen Erbrechts des Staats ist durch die Förmlichkeit der Einweihung nicht bedingt. II. C. S. i. S. Charlier & Scheibler c. Froitzheim vom 20. April 1888, Nr. 44/88 II.

26. Nach Art. 1184 hat nun der Richter ein freies Ermessen in Bezug auf die Frage, ob bestimmte Handlungen oder Unterlassungen eines Contrahenten eine derartige Vertragsverletzung enthalten, daß dadurch die Auflösung des Vertrages auf Grund dieses Artikels gerechtfertigt erscheint. Nicht jede Vertragswidrigkeit sieht das Gesetz als eine solche an, welche nothwendig die Auflösung des Vertrages auf Verlangen des anderen Theiles herbeiführen muß. Das ergiebt sich schon aus der Schlußbestimmung des Art. 1184, wonach der Richter, ohne die Auflösung auszusprechen, befugt ist, je nach den Umständen dem Säumigen noch eine Frist zur nachträglichen Erfüllung zu gewähren. II. C. S. i. S. Rieth c. Ohligs vom 17. April 1888, Nr. 47/88 II.

27. Die Kl. erblickt darin einen rechtlichen Verstoß, daß der B. R. das Beweiserbieten über die Benutzung des Hauses zur Förderung der Unzucht für unerheblich erklärt habe. Bei dem Umstande, daß der Kaufpreis nicht bezahlt sei und die Verkäuferin möglicherweise mittelst Anwendung ihres Resiliationsrechtes wieder Besitz und Eigenthum des Hauses zurückerlangen könne, sei davon auszugehen, daß in Folge des Kaufvertrages ein obligatorisches Band zwischen der Verkäuferin und der Käuferin bestehe, welches die letztere verpflichte, dem Hause keine zur Entwerthung desselben gereichende Verwendung zu geben. Die Verletzung dieser Verpflichtung müsse zur Auflösung des Vertrages führen; auf alle Fälle habe dieser Umstand mit in Betracht gezogen werden müssen bei Prüfung der Frage, ob hinreichender Grund zur Auflösung des Vertrages vorhanden sei. Diese Auffassung muß als irrig bezeichnet werden. Die Bekl. ist durch den Kaufvertrag Eigenthümerin des Hauses geworden. Sie ist als solche berechtigt, alle Befugnisse auszuüben, die mit dem Begriffe des Eigenthums verbunden sind. Eine vertragliche Beschränkung der Bekl. in Bezug auf diese Befugnisse ist in dem Kaufakte nicht ausgesprochen. Die Verkäuferin hat allerdings ihr Kaufpreis-Privilegium, und dieses berechtigt sie, der Schuldnerin gegenüber die Rechte eines Hypothekargläubigers auszuüben (Zachariae-Dreyer II § 283 S. 221). Der Hypothekargläubiger hat das Recht, wenn der Schuldner die Sicherheit vermindert, seine Forderung, obgleich sie befristet ist, einzuziehen (Art. 1188 des Bürgerlichen Gesetzbuchs); er kann auch unter bestimmten Voraussetzungen eine Ergänzung seiner Hypothek verlangen (Art. 2131). Aber der Hypothekargläubiger hat als solcher nicht die Befugniß, dem Schuldner eine bestimmte Benutzungsart seines Eigenthums zu untersagen. Der Kaufvertrag hat demnach nicht die oben behauptete Verpflichtung der Bekl. im Gefolge, und da die Auflösung eines Vertrages auf Grund des Art. 1184 nur auf Grund einer Verletzung der durch den Vertrag erzeugten Pflichten ausgesprochen werden kann, so erscheint es nicht rechtsirrthümlich, daß der B. R. das in Rede stehende Beweiserbieten der Kl. als für die Auflösungsfrage unerheblich bezeichnet hat. II. C. S. i. S. Rieth c. Ohligs vom 17. April 1888, Nr. 42/88 II.

28. Der Ansicht des O. L. G., daß ein bestehendes Vertragsverhältniß einer Entschädigungsklage aus einem bei der Vertragsvollziehung begangenen Delikte ausschließt ist nicht beizutreten. II C. S. i S. Busch u. Comp. c. Büttner, vom 10. April 1888, Nr. 16/88 II.

29. Die beiden Architekten G. Z. und C. S. hatten am 24. Dezember 1883 einen Vertrag mit einander geschlossen, nach welchem sie behufs des Betriebs eines Baugeschäfts (Anfertigung von Bauplänen und Zeichnungen aller Art, Uebernahme von Bauausführungen für Dritte sowie Herstellung von Bauten auf eigene Rechnung zu Spekulationszwecken) eine offene Handelsgesellschaft unter der Firma G. Z. & Co. gründeten. Die Beklagte hat hieraus abgeleitet, daß der Betrieb der Gesellschafter sich hauptsächlich auf Verträge über Liegenschaften erstreckt habe, und nach der Feststellung des B. G. hat Kl. die von der Bekl. hieraus gezogene rechtliche Folgerung, daß durch den Vertrag vom 24. Dezember 1883 eine offene Handelsgesellschaft nicht entstanden sei, ausdrücklich als richtig zugegeben. Da die genannten Geschäfte gemäß Art. 275 des H. G. B. nicht als Handelsgeschäfte zu betrachten sind, die Gesellschafter auch nicht Kaufleute waren, die Betreibung eines Handelsgewerbes aber nach Art. 85 des H. G. B. eine nothwendige Voraussetzung der offenen Handelsgesellschaft bildet, so ist das B. G. ohne Rechtsirrthum davon ausgegangen, daß eine solche in Wahrheit nicht zur Existenz gelangt sei. Wenn aber dessenungeachtet

das B. G. aus der Absicht der Vertragschließenden sich mit der Gründung einer offenen Handelsgesellschaft auch den für solche bestehenden Vorschriften des H. G. B. zu unterwerfen, in Verbindung mit dem Eintrage der Gesellschaftserrichtung in das Firmenregister die Folgerung gezogen hat, daß die von der Firma G. Z. & Co. errichtete Hypothek giltig sei, so ist dies als rechtsirrthümlich zu erachten. Nach dem Inhalt des Pfandbuchseintrags vom 4. Dezember 1885 und der Schuld- und Pfandurkunde vom 12. Dezember 1885 wurde die Verpfändung des von G. Z. in den Gesellschaftsfonds eingeworfenen Grundstücks Namens einer unter der Firma G. Z. & Co. bestehenden offenen Handelsgesellschaft von dem geschäftsführenden Theilhaber C. S. vorgenommen, also von einer Gesellschaft, welche nach Art. 111 des H. G. B. unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben und vor Gericht klagen und verklagt werden kann, welche daher das Wesen eines Rechtssubjekts in sich trägt und ein von dem ihrer Theilhaber, welche mit ihrem Privatvermögen nur für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften (Art. 112 des H. G. B.), getrenntes Vermögen besitzt. Anders verhält sich dies bei einer bürgerlichen Erwerbsgesellschaft, bei welcher nur die handelnden Theilhaber in Rechtsverhältnisse mit Dritten treten und diesen gegenüber ganz so zu betrachten sind, wie wenn eine Gesellschaft unter ihnen nicht bestände. Können auch die Theilhaber einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts einzelne Bestimmungen des H. G. B. über die offene Handelsgesellschaft, welche nicht die Handhabung der öffentlichen Ordnung zum Zwecke haben, in den Gesellschaftsvertrag aufnehmen, so ist doch ohne Zweifel gerade die Bestimmung des Art. 111 des H. G. B. hievon auszunehmen. Der Eintrag in das Handelsregister kann der nicht zur Betreibung eines Handelsgewerbes gegründeten Gesellschaft gleichfalls nicht die Natur einer offenen Handelsgesellschaft verschaffen und, wenn einem Eintrage auch insofern rechtserzeugende Wirkung beigemessen werden könnte, als sie einer Erklärung der Gesellschafter, welche er enthält, zukommen würde, so sind doch die Gesellschafter nicht im Stande, durch einen Eintrag zum Handelsregister einer den Erfordernissen des Art. 85 des H. G. B. nicht entsprechenden Gesellschaft die Befugnisse des Art. 111 des H. G. B. zu erwirken und sodann für diese Gesellschaft unter der angenommenen Gesellschaftsfirma zu Gunsten eines Gläubigers ein Dritten gegenüber wirksames dingliches Recht an einer Gesellschaftsliegenschaft zu begründen. Nicht auf die Wirkung unter den Kontrahenten, sondern auf die gegenüber Dritten kommt es aber hier an. Das mit der Klage angesprochene Pfandrecht ist Namens eines rechtlich nicht existirenden Subjekts bewilligt worden und ermangelt daher der Rechtsbeständigkeit. Dieser Mangel erscheint auch dann nicht beseitigt, wenn man von einer unter den Architekten G. Z. und C. S. bestandenen Erwerbsgesellschaft des bürgerlichen Rechts als dem in Wahrheit zu Grunde liegenden Verhältnisse ausgehend in der bestellten Hypothek nichts Anderes sieht als die Verpfändung eines im ungetheilten Miteigenthum der Gesellschafter befindlichen Hauses durch einen der Theilhaber, denn dieser Verpfändung würde die zur Wirksamkeit gegenüber Dritten vom Gesetze geforderte Publicität abgehen, da der Pfändungsakt nach seinem deutlichen Inhalte die Bestellung eines Pfandrechts an einem (angeblich) im Eigenthum einer offenen Handelsgesellschaft, also nicht im ungetheilten Miteigenthum der Gesellschafter sich befindenden Hause Namens einer das Gesellschaftsvermögen repräsentirenden Firma darstellt. L. R. S. 2134, 2148, § 26 II. Einf. Edikts zum Landrechte. Auf den Mangel der aus dem Akt nicht ersichtlichen Zustimmung des anderen Theilhabers (G. Z.), welche nach § 2 des Gesellschaftsvertrags bei Geschäften über höhere Beträge als 3000 M. erfordert wird, kommt es daher nicht einmal an. II. C. S. i. Sachen Schuemann Konk. c. Haid vom 13. April 1888, Nr. 39/88 II.

30. Bei einem Gemeindewege ist, sofern nicht besondere thatsächliche Verhältnisse obwalten, die im einzelnen Falle zu erweisen sein würden, der ganze Wegekörper als domaine public anzusehen. Vergl. Laurent t. VI Nr. 28. Daraus folgt, daß auch unterhalb der Oberfläche der Wegekörper dem Verkehre entzogen ist und Privatrechte an demselben weder durch Kauf noch durch Verjährung erworben werden können. (Art. 1128, 1598, 2226 des B. G. B.) II. C. S. i. S. Stadt Aachen c. Fiskus vom 20. April 1888, Nr. 47/88 II. M.

Wir berichten ferner über die in der Zeit vom 11. bis 31. Mai ausgefertigten Erkenntnisse.

I. Die Reichsjustizgesetze.

Zur Civilprozeßordnung.

1. Mit Unrecht bestreitet der Kl. die formelle Statthaftigkeit der Revision. Er deduzirt so: Die Einrede der mangelnden gesetzlichen Vertretung, welche gegen die Legitimation des Kl. als Testamentsvollstrecker gerichtet ist, ist keine prozeßhindernde, weil ein Testamentsvollstrecker überhaupt nicht die Stellung eines gesetzlichen Vertreters hat. Die diese Einrede verwerfende Entscheidung des B. R. hat also eine nicht-prozeßhindernde Einrede zum Gegenstand, ist also kein solches Zwischenurtheil, welches im Betreff der Rechtsmittel nach § 248 der C. P. O. als Endurtheil anzusehen ist. Es ist als solches aber auch nicht im Betreff der Einrede der mangelnden Prozeßfähigkeit der vom Kl. vertretenen Stiftung anzusehen, weil, wenn erstere auch an sich prozeßhindernd zu gelten hat, sie doch nicht, wie § 248 voraussetzt, vor Beginn der Verhandlung zur Hauptsache vorgebracht erscheint, nachdem Bekl. durch Verhandlung über die erstgedachte nicht-prozeßhindernde Einrede in die Verhandlung zur Hauptsache eingetreten ist. Diese Deduktion geht von einem unrichtigen Gesichtspunkte aus. Der § 248 bestimmt, daß das Urtheil, durch welches die prozeßhindernde Einrede verworfen wird, bezüglich der Rechtsmittel als Endurtheil anzusehen ist. Er unterscheidet also nicht, aus welchem Grund die Verwerfung stattgefunden hat, schließt vielmehr den Fall mit ein, daß die Verwerfung der Einrede umdeswillen erfolgt ist, weil letztere nicht prozeßhindernd ist, kann mithin nicht wieder für die Zulässigkeit des Rechtsmittels selbst voraussetzen, daß die Einrede in Wahrheit die Natur einer prozeßhindernden habe. Da nun unstreitig hier die Einrede, daß der Kl. nicht als gesetzlicher Vertreter anzusehen sei, von den Bekl. als prozeßhindernd erhoben, und als solche von dem Kl. nicht weiter bestritten, auch von den Vorderrichtern als solche behandelt worden ist, so war das darüber ergangene Zwischenurtheil der Revision zugänglich. Nach demselben Prinzip hat der III. S. des R. G. bereits durch Urtheil vom 1. Juni 1886 i. S. Hattstedter

Feuerversicherungsgilde c. Behrends (III, 125/86) abgedruckt in den Schleswig-Holsteinschen Anzeiger pro 1886 S. 292 f., erkannt und findet sich insoweit auch mit dem Urtheil des I. S., Entscheidungen Bd. 13 S. 332 f. in wesentlicher Uebereinstimmung. Der gegen die Klagberechtigung des Kl. als Testamentsvollstrecker erhobene und vom Bekl. als Einrede der mangelnden gesetzlichen Vertretung qualifizirte Einwand hat aber allerdings in Wahrheit nicht diesen Charakter und konnte darum als prozeßhindernd keine Berücksichtigung finden. Gleichviel ob man die Frage nach Preußischem oder gemeinem Recht zu beurtheilen hat, jedenfalls stimmen beide Rechte darin überein, daß die Stellung eines Testamentsvollstreckers nicht die eines *gesetzlichen* Vertreters im Sinne des § 247 Z. 6 der C. P. O. ist. *Gesetzlicher* Vertreter ist nur derjenige, welcher durch das Gesetz zur Vertretung berufen ist, sei es unmittelbar, sei es durch die Bestellung des Richters vermittelt, nicht aber derjenige, dessen Berufung auf dem Willensakt einer Privatperson beruht, gleichviel ob der Umfang seiner Vertretungsbefugniß gesetzlich fixirt ist, oder auf Privatwillkür beruht, ob die Vertretung für den Vertretenen abwendbar oder unabwendbar erscheint. (cfr. Wach, Handbuch § 51.) Gesetzlich in diesem Sinne ist also wohl die auf gesetzlicher Vorschrift beruhende Nachlaß-Kuratel, nicht aber die auf der Anordnung des Testators beruhende Vertretung des Testamentsvollstreckers, mag man nun als den Vertretenen den Erblasser, oder die Erben oder den Nachlaß zu denken haben. Wenn die Bekl. daher gegen die Prozeßlegitimation des Kl. als Testamentsvollstreckers Einwendungen erheben, so können diese an und für sich nicht die bevorzugte Behandlung beanspruchen wie die prozeßhindernden Einreden. Nun hat der B. R. sie zwar nicht als formell unstatthaft, sondern als materiell unbegründet verworfen. Immerhin hat er aber nur über die prozeßhindernde Einrede, wie sie vom I. R. aufgefaßt und behandelt worden ist, entschieden und hätte der B. R. daher selbst dann, wenn er dies mißbilligt, nach § 500 Z. 2 der C. P. O. die Sache an die I. J. zurückweisen müssen, sofern er, wie er thut, den Testamentsvollstrecker für legitimirt zur Klageerhebung erachtete und die Klage also nicht mit dem I. R. abzuweisen hatte. Bei solcher Sachlage darf sich aber auch der Revisionsrichter nicht auf die Frage beschränken, ob jene Einrede als prozeßhindernd zugelassen werden durfte, da, wenn dies auch nicht der Fall, sie aber materiell begründet erscheint, die Entscheidung sich doch als richtig darstellt und die dagegen erhobene Revision zurückgewiesen werden muß. III. C. S. i. S. Keuthe c. Maerker vom 4. Mai 1888, Nr. 325/87 III.

2. Die Bestimmung des § 437 der C. P. O., daß das Gericht der einen oder der anderen Partei über eine streitige Thatsache einen Eid auferlegen könne, schließt keineswegs aus, daß die Eidesleistung ein Urtheil des Eidespflichtigen in sich schließe; denn jede Erhärtung, daß man etwas wisse oder nach sorgfältiger Prüfung und Erkundigung eine Ueberzeugung erlangt habe, enthält ein Urtheil. Unzulässig ist im Sinne des Gesetzes allerdings ein Eid, nach welchem der Eidespflichtige ein Wissen oder eine Ueberzeugung über etwas *völlig* Unbestimmtes, oder über einen Vorgang erhärten soll, über welchen er sich nach seiner Kenntniß und Lebenserfahrung ein Wissen oder eine Ueberzeugung nicht bilden kann. I. C. S. i. S. Knoblauch & Comp. c. Frieske vom 9. Mai 1888, Nr. 113/88 I.

3. Die Bekl. sind wegen Zuwiderhandelns gegen eine außerhalb des Rechtsstreits ergangene provisorische Verfügung zu einer Geldstrafe von 50 Mark verurtheilt worden. Gegen diese Strafverfügung stand ihnen die sofortige Beschwerde zu, von welchem Rechtsmittel die Bekl., wenn sie die Strafe nicht rechtskräftig werden lassen wollten, nach Analogie des § 473 C. P. O. rechtzeitigen Gebrauch zu machen hatten, da der Umstand, daß die fragliche Verfügung äußerlich in Verbindung mit dem den Rechtsstreit erledigenden Endurtheil gebracht worden ist, dieselbe noch nicht zu einer dem Rechtsmittel der Berufung zugänglichen Entscheidung hat machen können. Die vom B. R. ausgesprochene Unzulässigkeit der Berufung ist daher vom R. G. anerkannt. III. C. S. i. S. Savigny c. Schoelan vom 4. Mai 1888, Nr. 25/88 III.

4. Der auf Grund des § 620 der C. P. O. bestellte Vertreter ist ebenso wie der, welcher dem Entmündigten für die Klage auf Anfechtung des Entmündigungsbeschlusses gemäß § 609 der C. P. O. beigeordnet werden muß, der gesetzliche Vertreter des Entmündigten in dem anhängigen Rechtsstreite. Unter dem Ausdrucke „Vertreter" kann nur der „gesetzliche Vertreter" (§ 50 der C. P. O.) verstanden werden. Derselbe nimmt eine ähnliche Stellung ein, wie der „besondere Vertreter", welchen der Vorsitzende des Prozeßgerichts in den Fällen des § 55 der C. P. O. einer nicht prozeßfähigen Person zu bestellen hat. In § 580 des Entwurfs der C. P. O. war für die Wiederaufhebungsklage die Bestellung eines „besonderen Kurators zur Prozeßführung" vorgesehen. Die Motive S. 374 bezeichnen den Kurator als „besonderen Vertreter" und verweisen dabei auf Bd. V S. 2223 der norddeutschen Protokolle. Hier wird der für den Wiederaufhebungsprozeß „an Stelle des Vormundes" zu bestellende Vertreter „curator ad hoc (Litiskurator)" genannt. Schon die Gesetzesmaterialien deuten also an, welche Eigenschaft der beizuordnende Vertreter haben soll. Wäre indessen auch hierauf kein ausschlaggebendes Gewicht zu legen, so würde sich doch die gesetzliche Gleichstellung des in § 609 und 620 der C. P. O. erwähnten Vertreters mit dem Litiskurator des § 55 der C. P. O. aus § 47 Nr. 9 des G. K. G. ergeben. Der nach § 609 und 620 der C. P. O. beizuordnende Rechtsanwalt, welcher vor dem Prozeßgerichte, falls er daselbst zugelassen ist, ohne weitere Vollmacht auftreten kann (§ 74 Abs. 3 der C. P. O.), ist nun jedenfalls befugt, zu Einlegung der Berufung einem bei dem B. G. zugelassenen Rechtsanwalte Vollmacht zu ertheilen. Er hat eben an der Stelle des Entmündigten alles zu besorgen, was dieser selbst verrichten könnte, wenn er prozeßfähig wäre. Zugleich ist er, wenigstens für die Wiederaufhebungsklage, die einzige Person, welche den Auftrag zu Einlegung und Verfolgung der Berufung geben darf. Denn sein Pflichtenkreis erstreckt sich auf den ganzen Rechtsstreit; namentlich umfaßt er das Verfahren in der Rechtsmittelinstanz. In der Berufungsinstanz kann es darnach zur nochmaligen Beiordnung eines Vertreters überhaupt nicht kommen. Außerdem beziehen sich die §§ 609 und 620 Abs. 3 der C. P. O. auf „die Erhebung der Klage", welche zum Zwecke der Anfechtung und der Aufhebung des Entmündigungsbeschlusses angestrengt wird. Von der Beiordnung eines neuen Vertreters für die Rechtsmittelinstanzen spricht das Gesetz nicht. Im Gegentheile zeigt § 609 sehr klar, daß die Bei-

ordnung des Vertreters lediglich dem Vorsitzenden des Prozeßgerichts I. J. zusteht. Nach § 609 ist nämlich dem Entmündigten für die Anfechtungsklage unbedingt ein Vertreter beizuordnen, mithin ohne Vorprüfung der von dem Entmündigten beabsichtigten Rechtsverfolgung. Beträfe nun der § 609 auch die Berufungsinstanz, so wäre der Vorsitzende des B. G. genöthigt, den Vertreter schlechterdings beizuordnen, auch wenn er die Erfolglosigkeit der Berufung sicher voraussähe. Eine solche Bestimmung kann der Gesetzgeber unmöglich getroffen haben. Bei der Anfechtungsklage (§ 609) ist also der Vorsitzende des B. G. sicher nicht in der Lage, einen Vertreter beizuordnen; allein ebensowenig darf er die Beiordnung in dem Falle der Wiederaufhebungsklage vornehmen, für welchen § 620 Abs. 3 entsprechend Gleiches vorschreibt. VI. C. S. i. S. Schmidt c. Staatsanwaltschaft vom 24. Mai 1888, B Nr. 62/88 VI.

5. Gegenstand des Rechtsstreits sind Gebühren für rechtspolizeiliche Geschäfte (Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit) im Sinne des badischen Gesetzes vom 21. Juni 1874 über die Gebühren für Geschäfte der Rechtspolizeiverwaltung (Gesetz- und Verordnungsblatt von 1874 S. 285 ff.), welche für die Staatskasse erhoben werden zum Gesammtbetrage von 209 Mark 20 Pf. Die Revision ist mit Rücksicht auf § 70 G. V. G. und § 3 des badischen Gesetzes vom 3. März 1879 für zulässig erklärt. II. C. S. i. S. Fiskus c. Boppenhausen vom 15. Mai 1888, Nr. 92/88 II.

6. Die Revision ist begründet. Das Arrestverfahren ist in der C. P. O. so geregelt, daß nach der richterlichen Anordnung des Arrestes noch eine weitere Selbstthätigkeit des Arrestimpetranten behufs Vollziehung des Arrestes erforderlich wird. Er muß dem Gegner den Beschluß, durch welchen der Arrest angeordnet ist, zustellen (§ 802 Abs. 2 C. P. O.), dann aber auch unter entsprechender Anwendung der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung (§ 808 C. P. O.), mithin je nach Verschiedenheit der Sachlage durch den Gerichtsvollzieher oder unter Mitwirkung des Vollstreckungsgerichts den Arrest vollziehen lassen. Um zu verhüten, daß die Vollziehung des Arrestes unter vielleicht ganz veränderten Umständen stattfinde, hat das Gesetz (§ 809 Abs. 2 C. P. O.) vorgeschrieben, daß die Vollziehung des Arrestes unstatthaft ist, wenn seit dem Tage, an welchem der Befehl verkündet oder dem Impetranten zugestellt ist, zwei Wochen verstrichen sind. Nach § 815 C. P. O. finden die Vorschriften über die Anordnung von Arresten und über das Arrestverfahren auch entsprechende Anwendung auf die Anordnung von einstweiligen Verfügungen und das weitere Verfahren, soweit nicht abweichende Vorschriften dafür in der C. P. O. gegeben sind. In Ermangelung anderer dafür gegebenen Bestimmungen müssen daher auch die Vorschriften, welche für die Vollziehung des Arrestes bestehen, bei einweiligen Verfügungen Anwendung finden. Unbedenklich ist deshalb auch die aus § 802 Abs. 2 in Verbindung mit § 808, § 809 Abs. 2 und 3 (Gesetz vom 30. April 1886) und § 671 C. P. O. zu entnehmende Vorschrift, daß die einstweilige Verfügung innerhalb der im § 809 Abs. 2 erwähnten Frist dem Impetranten zugestellt werden muß, auch bei einstweiligen Verfügungen zu beachten. Es fragt sich aber, ob darüber hinaus auch die thatsächliche Durchführung desjenigen, was in der einstweiligen Verfügung angeordnet ist, innerhalb der zweiwöchigen Frist erfolgen muß. Dies ist zu verneinen. Von einer Vollziehung in dem Sinne, wie diese bei dem Arreste nothwendig ist, kann bei den einstweiligen Verfügungen keine Rede sein. Die Arrestvollziehung ist Verwirklichung der Arrestanordnung; erst durch die Arrestvollziehung wird die Dispositionsbefugniß des Impetraten und zwar nach Maßgabe der vom Impetraten gewählten Art der Vollziehung in Bezug auf bestimmte Sachen oder Forderungen beschränkt. Dies Gebundensein des Willens des Impetraten wird aber bei der einstweiligen Verfügung schon durch die Zustellung derselben an den Impetraten herbeigeführt. Dies ist ohne Weiteres einleuchtend in dem Fall, wo durch die einstweilige Verfügung dem Impetraten eine bestimmte Handlung verboten wird. Das Verbot wird wirksam, sobald dasselbe dem Impetraten zugestellt ist; daß unter Umständen, um die Wirksamkeit des Verbots Dritten gegenüber zu sichern, noch etwas weiteres hinzukommen muß, so bei Verboten von Veräußerungen und Belastungen von Grundstücken eine Eintragung im Grundbuch, ändert daran nichts; im Verhältniß der Parteien zu einander ist das Verbot mit der Zustellung an den Impetraten in Kraft getreten. Eine Uebertretung des Verbots bewirkt den Eintritt der durch das Gesetz oder den Richter angedrohten Rechtsnachtheile. Die Verwirklichung dieser Rechtsnachtheile im Wege der Zwangsvollstreckung ist nicht Vollziehung der einstweiligen Verfügung im Sinne des § 808 C. P. O., sondern die Reaktion des Impetranten gegen die Nichtbeachtung des Verbots durch den Impetraten und diese ist an keine Frist gebunden. Nicht anders steht es in dem Fall, wo dem Impetraten etwas geboten wird, so in dem Fall des § 584 C. P. O. Auch hier ist die einstweilige Verfügung mit der Zustellung derselben an den Impetraten vollzogen. Die Nichtbeachtung des Gebots kommt lediglich aus dem Gesichtspunkt des Zuwiderhandelns gegen das richterliche Gebot in Betracht; sie hat nur die Folge, daß der Impetrant das Recht erlangt, nunmehr im Wege der Zwangsvollstreckung die Durchführung des Gebots zu erzwingen. Hierfür ist eine Frist nicht vorgeschrieben. Dasselbe gilt endlich auch von dem Fall, wo dem Impetranten durch die einstweilige Verfügung die Ermächtigung zu einem Handeln und mithin dem Impetraten der Befehl zu einem Dulden ertheilt wird. Auch hier ist die einstweilige Verfügung mit der Zustellung an den Impetraten vollzogen. Ein Zwang gegen den Impetranten zur Vornahme der Handlung, zu welcher er ermächtigt ist, erscheint begrifflich ausgeschlossen. Er wird daher diese Handlung zu jeder Zeit vornehmen können, insofern nicht der Richter, wie ihm dies nach § 817 C. P. O. unbenommen ist, sei es von Amtswegen, sei es auf Antrag des Impetraten, eine Frist zur Vornahme der Handlung gegeben und damit die Ermächtigung zeitlich beschränkt hat. Handelt in solchem Fall der Impetrat seiner Verpflichtung zur Duldung zuwider, so findet auch hier die Möglichkeit einer Zwangsvollstreckung nach Maßgabe der Bestimmungen des § 775 C. P. O. statt. III. C. S. i. S. Fiskus c. Hagen vom 1. Mai 1888, Nr. 54/88 III.

Zur Konkursordnung und dem Anfechtungsgesetz.

7. Erforscht man, welcher Umfang mit den Worten „öffentliche Abgaben“ in § 54 Ziffer 2 K. K. O. verbunden wurde, so ist schon bei der hiernach für die in § 54 Ziffer 2

der K. K. O. getroffene Bestimmung vorhandenen Auslegungsbedürftigkeit einer Erläuterung in den Motiven zu dieser Bestimmung ein besonderes Gewicht beizulegen. Wenn daher die Motive zu § 54 der K. K. O. in dieser Beziehung eine Erläuterung geben, so war aller Anlaß zunächst für die Mitglieder der K. K. O.-Kommission, dann auch für die sonstigen Mitglieder des Reichstags vorhanden, eine etwaige Nichtübereinstimmung mit der in den Motiven gegebenen Erläuterung kundzugeben, und darf aus der Nichtkundgabe einer Nichtübereinstimmung ein Schluß auf eine Billigung des Ausdrucks „öffentliche Abgaben" in § 54 Ziffer 2 der K. K. O. im Sinne der Motive hierzu gezogen werden. Dies rechtfertigt sich um so mehr, weil es sich hier nicht etwa um Erörterungen über Folgerungen aus der Gesetzesnormirung, sondern um den unmittelbaren Inhalt des Gesetzes selbst handelt. Die Erläuterung der Motive ist aber um so beachtenswerther, weil sie mit dem zweifellosen, auch sonst erkennbaren Bestreben der K. K. O. nach möglichster Beschränkung der Vorrechte im Einklang steht. Die Motive zu § 54 der K. K. O. lassen nun durch den ausdrücklichen Gegensatz, in welchen sie die Forderungen des Staates, für welche sich ein Vorrecht empfehle, zu jenen Forderungen desselben, für welche sich ein solches nicht empfehle, bringen, mit Bestimmtheit den Willen erkennen, daß „für Gerichtskosten und die Gebühren anderer Behörden" das Vorrecht des § 54 Ziffer 2 der K. K. O. nicht gewährt werden sollte. Daß dieser Wille mit dem Wortlaut des § 54 Ziffer 2 der K. K. O. vereinbar ist, kann deshalb nicht beanstandet werden, weil die Worte „öffentliche Abgaben" in der Wissenschaft und Gesetzessprache bald in einem weiteren, bald in einem engeren Sinne gebraucht werden. Es muß aber als der Wille des Gesetzes aufgefaßt werden, auch die jetzt in Rede stehenden rechtspolizeilichen Gebühren (badische Kaufbriefs- und Beurkundungsgebühr) des in § 54 Ziffer 2 der K. K. O. bezeichneten Vorrechts nicht theilhaftig werden zu lassen. Die jetzt in Rede stehende Kaufbriefgebühr bildet die Erhebung einer Einnahme für eine spezielle, durch den Pflichtigen im Privatinteresse in Anspruch genommene Thätigkeit des Staats und die ferner jetzt in Rede stehenden Notariatsgebühren, welche für den Staat erhoben werden, bilden die Erhebung einer Einnahme für eine im privaten Interesse des Gebührenpflichtigen und auf dessen Veranlassung geübte Thätigkeit des Notars. Den Charakter derartiger Einnahmerhebungen verlieren diese Gebühren nun nicht dadurch, daß der Betrag derselben theilweise, insbesondere bei der Kaufbriefgebühr, sich nach dem Werthe des Gegenstandes richtet und daß er so nach Umständen eine Höhe erreicht, welche die Aufwendungen des Staats im einzelnen Fall sogar namhaft überschreitet und dem Staate die Möglichkeit gewährt, aus dieser Einnahme auch sonstige Aufwendungen im Bereich des Staatshaushalts zu bestreiten. Es kann daher selbst die bei einzelnen dieser rechtspolizeilichen Gebühren, insbesondere aber bei der Kaufbriefgebühr, unbestreitbar bei dem Staat vorhandene Absicht, in ihnen auch ein Mittel, zur Bestreitung noch anderen Staatsaufwands, als jenes im Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit, zu finden (welcher Absicht namentlich auch bei der Begründung des dem badischen Landtag von 1889 vorgelegten Gesetzentwurfs über die Gebühren für Geschäfte der Rechtspolizeiverwaltung Ausdruck gegeben wurde), nicht genügen, sie von der Gattung jener Gebühren, welchen § 54 Ziffer 2 der K. K. O. ausweislich der Motive hierzu ein Vorrecht nicht gewähren wollte, auszunehmen. II. C. S. i. S. Bad. Fiskus c. Boppenhausen vom 15. Mai 1888.

8. Dem B. R. ist darin beizustimmen, daß in Folge der durchgeführten Einrede der Fraudulosität die Rechtswirkung der Anfechtung nur zwischen dem Anfechtungskläger und Anfechtungsbeklagten, nicht auch zwischen den Kontrahenten des angefochtenen Vertrages eintreten. Dieselben bestehen nach § 7 des A. G. darin, daß der Gläubiger (Anfechtungskläger), soweit es behufs seiner Befriedigung erforderlich ist, beanspruchen kann, daß das durch anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners Weggegebene als noch zu demselben gehörig von dem Empfänger (Anfechtungsbeklagten) zurückgewährt werde. Es soll also nach der Intention des Gesetzes das durch die angefochtene Handlung hervorgerufene Hinderniß der Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners beseitigt, und der Gläubiger in den Stand gesetzt werden, sein Recht gegen den Schuldner so zu verfolgen, wie er vor Abschluß des Veräußerungsgeschäfts dazu befugt war. Daraus folgt für den gegenwärtigen Rechtsstreit, daß die N.'schen Erben den durch anfechtbares Rechtsgeschäft ihres Vaters erlangten Eigenthumserwerb an den M.'schen Sachen der Bekl. nicht entgegen halten dürfen, sondern ihr gestatten müssen, ihre Forderung gegen M. so zu verfolgen, als wenn die Verträge vom Dezember 1882 nicht abgeschlossen wären. Weiter geht aber das Recht der Bekl. nicht. Die Rechtsverhältnisse, welche durch die Verträge für den N. gegenüber dem M. geschlossen sind, berühren sie in keiner Weise. Sie kann nicht gleichzeitig geltend machen, der Vertrag bestehe für sie nicht, aber die Kl. seien zu ihren Gunsten dem M. gegenüber daran gebunden. Sie würde damit ihren Anspruch auf einen für sie nicht existirenden Rechtsakt stützen. Die entgegenstehende Ausführung des B. R. erscheint deshalb rechtsirrthümlich, und nicht geeignet, die getroffene Entscheidung zu halten. Es fragt sich nur, ob der Entscheidungsgrund des I. R. für durchgreifend zu erachten ist. Das R. G. hat auch das verneint. Es kann kein Zweifel darüber obwalten, daß, wie schon bemerkt, das A. G., wenn man zunächst den § 7 desselben allein berücksichtigt, nur die Wiederherstellung des früheren Rechtszustandes zu Gunsten des Anfechtungsklägers anordnet, nicht aber diesem neue Befriedigungsobjekte beschaffen, oder die an den früher vorhandenen Objekten bestehenden, und ihm vorgehenden Rechte zu seinem Vortheil beseitigen will. Nähme man Letzteres an, so würde in vielen Fällen die Durchführung der Anfechtung nicht ein dem Anfechtungskläger zugefügtes Unrecht wegräumen, sondern ihn gerade zu bereichern (vergl. das Beispiel bei Cosack, Anfechtungsrecht S. 271). Nach Ansicht des R. G. ist ein derartiger Erfolg nicht beabsichtigt worden, sondern die in Folge der durchgeführten Anfechtung eintretende rechtliche Fiktion geht nach § 7 des A. G. nur dahin, daß zu Gunsten des Anfechtungsklägers das Eigenthum des Schuldners so, wie es vor der Anfechtung bestand, wieder auflebt, und nicht, daß die weggegebene, mit Pfandrechten behaftete Sache sich jetzt als pfandfrei im Vermögen des Schuldners befinde. Faßt man das Gesetz in diesem Sinne auf, so kommt weiter das in Folge der durchgeführten Anfechtung zwischen dem N. und M. eintretende Rechtsverhältniß in Frage. Die im Dezember 1882 gethätigten Rechts-

geschäfte gestatten eine verschiedene Beurtheilung. Es kann beabsichtigt sein, daß N. die Sachen von M. kaufen, und den Kaufpreis auf die Schuld des letzteren verrechnen sollte. Es kann aber auch die Absicht der Kontrahenten dahin gegangen sein, daß der N. statt des eigentlich ihm geschuldeten Gegenstandes einen anderen Gegenstand zur Erfüllung der Verbindlichkeit des M. erhalten sollte. Wäre Letzteres anzunehmen, so würde das Rechtsgeschäft als Hingabe an Zahlungsstatt aufzufassen sein. Das frühere R. O. H. G. hat bei einer Reihe von Fällen, in welchen der Schuldner (oder Gemeinschuldner) einzelnen Gläubigern andere als die vertragsmäßig geschuldeten Gegenstände zur Befriedigung hingegeben hatte, den Vertrag als datio in solutum, nicht als Kauf behandelt, und in Anwendung der für ersteres Rechtsinstitut geltenden Vorschriften entschieden, daß nach der Anfechtung der datio in solutum die Forderung, welche durch dieses Rechtsgeschäft getilgt werden sollte, wieder auflebt (vergl. Entscheidungen des R. O. H. G. Bd. XV S. 156, Bd. XVII S. 324, Bd. XX S. 38). Das R. G. ist dieser Ansicht für den vorliegenden Rechtsstreit beigetreten, und hat angenommen, daß die Forderungen des N. an M. soweit sie durch Hingabe an Zahlungsstatt der für die Bekl. gepfändeten Sachen getilgt werden sollten, wieder in Kraft getreten sind. Hieraus ergiebt sich aber die weitere rechtliche Konsequenz, daß auch das Pfandrecht des N. an den Sachen als wieder aufgelebt angesehen werden muß. Für das gemeine Recht hat das R. G. diesen Rechtssatz in dem Urtheil vom 12. Februar 1881 (Entscheidungen Bd. III S. 208) näher begründet. Für das Preußische Recht sagen Förster-Eccius (Theorie rc. 5. Aufl. I S. 782) zutreffend: „Wird eine Zahlung mit Erfolg angefochten, so reviviszirt die Forderung, und mit derselben auch die accessorisch damit verbundenen Ansprüche, Bürgschaft und Pfand." Hiernach muß davon ausgegangen werden, daß zufolge § 7 des A. G. der Anspruch der Kl. auf Befriedigung aus den behufs der Zwangsvollstreckung zurückzugewährenden Sachen nach Maßgabe des ihnen an denselben zustehenden Pfandrechts begründet ist, und es fragt sich nur, ob diese Rechtsgrundsätze durch § 8 des Gesetzes eine Aenderung erleiden. Derselbe bestimmt: Wegen Erstattung einer Gegenleistung oder im Fall einer anfechtbaren Leistung wegen seiner Forderung kann der Empfänger sich nur an den Schuldner halten. Die in diesem Gesetze erwähnte erste Alternative — Erstattung einer Gegenleistung — liegt hier nach dem oben über die rechtliche Natur des im Dezember 1882 gethätigten Rechtsgeschäfts nicht vor. Bei der zweiten Alternative — bei einer anfechtbaren Leistung, d. h. einem Erfüllungsgeschäft — verweist das Gesetz den Empfänger (d. h. den Anfechtungsbeklagten) wegen seiner (wiederauflebenden) Forderung nur an den Schuldner. Der I. R. begründet aus den Motiven und der Entstehungsgeschichte des Gesetzes seine Ansicht, daß durch diese Vorschrift der Empfänger, gewissermaßen zur Strafe für seine Fraus, verhindert werde, jedes ihm vor der Anfechtung an der zurückzugewährenden Sache zustehende Recht geltend zu machen. Das R. G. hat bereits wiederholt ausgesprochen, daß den Motiven und den Verhandlungen bei der Berathung von Gesetzen nur dann entscheidende Bedeutung beigelegt werden kann, wenn den dabei zu Tage getretenen Intentionen im Gesetze selbst erkennbarer Ausdruck verliehen ist. Das hätte um so deutlicher geschehen müssen, wenn die Absicht des Gesetzgebers dahin gegangen wäre, im § 8 eine schroffe Abweichung von den im § 7 sanktionirten Grundsätzen anzuordnen. Für eine solche Absicht fehlt es jedoch an einem genügenden Anhalt im Wortlaut des Gesetzes. Es läßt sich nicht verkennen, daß durch § 8 jedes Recht des Empfängers, die Sache wegen Gegenansprüche an den Schuldner zurückzuhalten, also z. B. ein Retentionsrecht an derselben auszuüben, dem Anfechtungskläger gegenüber beseitigt ist. Die Worte: „nur an den Schuldner" haben den Sinn, daß der Empfänger die Befriedigung wegen seiner Ansprüche an den Schuldner nur aus dessen Vermögen suchen darf, aber aus diesem mit allen ihm gegen den Schuldner und dessen Vermögen zustehenden Rechten. Ist der Empfänger also nach dem das ganze A. G. beherrschenden, und im § 7 zum Ausdruck gebrachten Grundsatz nur verpflichtet, die Sache so, wie sie sich vor der Anfechtung im Vermögen des Schuldners befand, behufs der Zwangsvollstreckung zurückzugewähren, und stand ihm dem Schuldner gegenüber ein Pfandrecht an der Sache zu, so schließt der § 8 nicht aus, daß er dieses Recht wie gegen Schuldner so auch gegen den Anfechtungskläger geltend machen kann. V. C. S. i. S. Graf v. Lehndorff'sche Erben c. Kurkutsch vom 7. April 1888, Nr. 332/87 V.

Zum Gerichtskostengesetz.

9. „Fünf Zehntheile der Gebühr (§§ 18 bis 24) werden erhoben, wenn der Akt ausschließlich betrifft: „8. die Ertheilung der Vollstreckungsklausel, sofern sie im Wege der Klage beantragt oder angefochten wird (C. P. O. §§ 667, 687), oder Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung, welche den Anspruch selbst betreffen, sofern der § 686 Abs. 2 oder § 704 Abs. 2 der C. P. O. Anwendung findet, oder die Zulassung der Zwangsvollstreckung aus dem Urtheil eines ausländischen Gerichts oder einem Schiedsspruche (C. P. O. §§ 660, 868)." Voraussetzung dieser Vorschrift ist sonach, soweit es sich um Einwendungen handelt, daß solche den Anspruch selbst betreffen müssen, zu dessen Realisirung die Zwangsvollstreckung stattfindet. Dafür spricht nicht bloß der Wortlaut, sondern auch der Grund des Gesetzes. Die Motive rechtfertigen nämlich obige Bestimmung mit folgender Bemerkung, die von keinem der gesetzgebenden Faktoren beanstandet ist: „Die geringere Gebühr für Akte, welche Einwendungen gegen den durch das Urtheil festgestellten Anspruch betreffen, rechtfertigt sich durch die Beschränkung der Einwendungen auf diejenigen, welche im früheren Verfahren nicht geltend gemacht werden konnten (C. P. O. § 686 Abs. 2, vergl. § 704 Abs. 2, § 705 Abs. 4)." Daraus erhellt, daß der Gesetzgeber nur materielle Einreden gegen das Judikat im Auge gehabt und dabei auf den Umstand billige Rücksicht genommen hat, daß der Bekl. bei den erwähnten Einwendungen ohne sein Verschulden nicht im Stande ist, sie schon im Hauptprozesse geltend zu machen. Es kommt hinzu, daß diese Einwendungen gewissermaßen eine Fortsetzung des Hauptprozesses bilden und in der Regel nur eine geringe Mühewaltung erforderlich machen. Ob die in der erwähnten Gesetzesvorschrift angezogenen §§ 686 und 704 der C. P. O. nur als Beispiele anzusehen sind und dadurch eine Anwendung auf ähnliche Fälle nicht ausgeschlossen ist, wie dies hinsichts des G. K. G. § 26 Nr. 9 vom R. G. in dem Beschlusse vom 1. November 1882 (Entscheidungen in Civilsachen Bd. VIII S. 338) angenommen worden, kann unerörtert bleiben, da eine

solche ausdehnende Gesetzesauslegung jedenfalls nur dann zulässig ist, wenn der Grund des Gesetzes dazu berechtigt, es sich also hier um Einwendungen handeln muß, die sich auf den Anspruch selbst beziehen, im Gesetz aber nicht mit ausdrücklichen Worten erwähnt sind. V. C. S. i. S. Rabe c. Schönlank vom 9. Mai 1888, B. Nr. 54/88 V.

Zur Rechtsanwaltsgebührenordnung.

10. Aus den Akten erhellt, daß der Anwalt des Bekl. zwar schon in der schriftlichen Klagebeantwortung die Unzuständigkeit des angegangenen Gerichts behauptet, gleichwohl aber in diesem Schriftsatze auf die Hauptsache selbst sich eingelassen, auch daß der Anwalt in der mündlichen Verhandlung diese Behauptung wiederholt, zugleich jedoch erklärt hat, die Einlassung auf die Hauptsache nicht verweigern zu wollen. Daraufhin ist die abgesonderte Verhandlung, welche zur Abweisung der Klage wegen Unzuständigkeit des Gerichts geführt hat, von Amtswegen angeordnet worden. Bei dieser Sachlage kann die Anrechnung der vollen Prozeßgebühr seitens des Anwalts des Bekl. einem gegründeten Bedenken nicht unterliegen. Die Prozeßgebühr wird nach § 13 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte dem als Prozeßbevollmächtigten bestellten Rechtsanwalt gewährt für den Geschäftsbetrieb einschließlich der Information; nur fünf Zehntheile dieser Gebühr sollen nach § 20 cit. alsdann berechnet werden dürfen, wenn die dem Anwalte zu vergütende Thätigkeit ausschließlich die im G. K. G. § 26 Nr. 1—10 bezeichneten Gegenstände betrifft. Hätte also im vorliegenden Falle die Thätigkeit des Anwalts sich ausschließlich auf die Frage der Unzuständigkeit beschränkt, so würde er ohne Zweifel nur die hälftige Prozeßgebühr anzurechnen befugt sein. Aus dem oben Bemerkten erhellt aber, daß der Anwalt auch über die Hauptsache sich informirt, einen darauf bezüglichen Schriftsatz eingereicht und zur mündlichen Verhandlung sich diesfalls vorbereitet, daß also seinerseits ein über die bloße Zuständigkeitsfrage hinausgehender Geschäftsbetrieb sammt Information stattgefunden hat. Damit ist für den Anwalt ein Anspruch auf die volle Prozeßgebühr erwachsen gewesen. Dieser Anspruch kann aber nicht deshalb zur Hälfte wieder hinwegfallen, weil in der mündlichen Verhandlung nur über die Unzuständigkeit des Gerichts verhandelt und nur eine hierauf sich einlassende gerichtliche Entscheidung getroffen wurde. Vielmehr ist dieser Fall analog demjenigen zu behandeln, wenn im mündlichen Termine der Klaganspruch ermäßigt wird, in welchem Falle die Prozeßgebühr nach dem ursprünglichen Klagantrag berechnet werden darf, weil die Thätigkeit des Anwalts bereits auf diesem höheren Streitgegenstand sich erstreckt hatte, zu vergleichen Entscheidungen des R. G. Bd. 7 S. 356. Die vom R. G. früher getroffene Entscheidung, Juristische Wochenschrift, Jahrgang 1886 S. 349, steht der hier entwickelten Ansicht nicht entgegen. Die Beschränkung auf die Hälfte der Prozeßgebühr mag dann am Platze sein, wenn aus den Akten nicht erhellt, ob in einer durch Inkompetenzbeschluß erledigten Streitsache die Thätigkeit des Anwalts über die Zuständigkeitsfrage sich hinauserstreckt hat, weil dem Richter nicht zugemuthet werden kann, in derartigen Fällen erst eine Erörterung darüber anzustellen, in welchem Umfange die Information des Anwalts stattgefunden hat und ob derselbe sonstwie außerhalb der Akten thätig geworden ist. Aber dieses Bedenken kann im vorliegenden Falle nicht Platz greifen, wo aus den Schriftsätzen wie aus dem Verhalten in der mündlichen Verhandlung klar erhellt, daß Information und Geschäftsbetrieb des Anwalts sich auch auf die Hauptsache erstreckt haben. III. C. S. i. S. Biermann c. Rothschild vom 4. Mai 1888, B. Nr. 37/88 III.

II. **Das Handelsrecht.**

11. Mit dem B. G. ist anzunehmen, daß die Provision für die Beschaffung derjenigen Anleihe, mit deren Ertrag die Gebäude und Maschinen angeschafft sind, nicht zu den Organisationskosten der Aktiengesellschaft zu rechnen seien, sondern zu dem Anschaffungs- resp. Herstellungspreise dieser Anlagen gerechnet werden durften. Abgesehen von der Vorschrift des Art. 31 hatte das H. G. B. in seiner ursprünglichen Fassung keine Bestimmungen über die Grundsätze, nach welchen die Bilanzen der Aktiengesellschaften aufzunehmen seien. Die Festsetzung dieser Grundsätze blieb vielmehr dem Gesellschaftsstatut überlassen (Art. 209 Nr. 6 H. G. B. alter Fassung). Da indeß diese Grundsätze nur innerhalb der durch den Art. 31 gegebenen Begrenzung sich bewegen durften, so waren sämmtliche Vermögensstücke, mithin auch diejenigen Anlagen und Gegenstände welche nicht zur Weiterveräußerung, sondern dauernd zum Geschäftsbetriebe der Gesellschaft bestimmt waren, nach dem Werth anzusetzen, welcher ihnen zur Zeit der Aufmachung der Bilanz beizulegen war. Die Novelle vom 11. Juni 1870 hat hieran nichts geändert; sie stellte zwar im Art. 239a gewisse Normen für die Bilanzen der Aktiengesellschaften auf, und traf u. A. die auch in dem Gesetz vom 18. Juli 1884 (Art. 185a und 239b) festgehaltene Bestimmung, daß die Kosten der Organisation und Verwaltung nicht unter die Aktiva aufgeführt werden dürfen, vielmehr ihrem vollen Betrage nach in der Jahresrechnung als Ausgabe erscheinen müssen. Ueber die Frage aber, wie die dauernd zum Geschäftsbetriebe der Gesellschaft bestimmten Anlagen in der Bilanz zu bewerthen seien, enthielt der Art. 239a des Gesetzes vom 11. Juni 1870 keine Vorschrift und blieb daher hierfür der Art. 31 maßgebend. Die im Art. 31 gegebene Vorschrift ist indeß in der Praxis der Aktiengesellschaften bezüglich der vorbezeichneten Betriebsanlagen nicht beachtet, offenbar weil es thatsächlich nahezu unmöglich war, bei größeren industriellen Anlagen mit einiger Sicherheit einen bestimmten Verkehrswerth der einzelnen Betriebsanlagen zu normiren. Es war vielmehr üblich die Betriebsanlagen in der Bilanz mit dem Herstellungspreise zu bewerthen und den letzteren durch jährliche Abschreibungen, welche grundsätzlich der durch die Abnutzung eintretenden Werthsminderung entsprechen sollten, zu verringern. Dies Verfahren hat nunmehr durch das Gesetz vom 18. Juli 1884 eine gesetzliche Billigung erhalten, indem im Art. 185a Ziffer 3 bezw. Art. 239b angeordnet ist, daß die dauernd zum Geschäftsbetriebe der Gesellschaft bestimmten Anlagen und Gegenstände zu den Anschaffungs- oder Herstellungspreise angesetzt werden dürfen, insofern ein der Abnutzung gleichkommender Betrag in Abzug gebracht oder ein derselben entsprechender Erneuerungsfonds in Ansatz gebracht wird. Weder das Gesetz noch die Motive zu demselben enthalten eine Aeußerung darüber, was zu dem Anschaffungs- resp. Herstellungspreise zu rechnen ist. Da indeß mit der Bestimmung im Art. 185a des Gesetzes vom 18. Juli 1884 lediglich bezweckt wurde, dem bisher üblichen Verfahren eine gesetzliche Grundlage zu geben, so

wird man nicht fehlgreifen, wenn man annimmt, daß alles dasjenige, was früher zu dem Herstellungspreise gerechnet wurde, auch jetzt noch unter diesen Begriff gebracht werden darf. Wenn nun, wie das B. G. zutreffend annimmt, früher auch die Bauzinsen, verlorenen Zinsen, Kursverluste bei Unterpariemissionen ꝛc. zu dem Herstellungspreise gerechnet wurden, weil der letztere, d. h. der Preis, den die Anlage der Gesellschaft kostet, der Selbstkostenpreis, nicht bloß die Ausgaben für die Anschaffung des Materials und die Errichtung des Werks, sondern alle Ausgaben umfaßt, welche der Eigenthümer für die Fertigstellung der Anlage hat machen müssen, so muß dies auch jetzt noch gelten, um so mehr als auch privatwirthschaftlich alle diese Nebenkosten hinzugerechnet werden müssen, wenn ermittelt werden soll, wie theuer dem Eigenthümer einer Anlage diese zu stehen kommt. Von diesem Gesichtspunkte aus müssen dann aber auch die Provisionen, welche für die Anschaffung der zum Bau erforderlichen Gelder haben gezahlt werden müssen, zu dem Herstellungspreise gerechnet werden. (Vergl. auch *Ring*, das Gesetz vom 18. Juli 1884 Note 8. 1t zum Art. 185a, *Simon*, Bilanz der Aktiengesellschaften S. 192 und ff., *Esser*, das Gesetz vom 18. Juli 1884 S. 177.) III. C. S. i. S. Möller c. A. Ges. Oldesloe vom 8. Mai 1888, Nr. 31/88 III.

12. Nach der Gestaltung des kaufmännischen Verkehrs der Gegenwart bestehen die kaufmännischen Geschäfte *überwiegend* in *Kreditgeschäften*. *Jeder Kaufmann*, welcher den Entschluß zu fassen hat, eine Geschäftsverbindung, in welcher er Kredit geben soll, mit einem Kaufmann einzugehen, dessen Verhältnisse ihm selbst nicht genügend bekannt sind, um sich eine annähernd sichere Ueberzeugung darüber zu bilden, ob derjenige, welcher ihm die Geschäftsverbindung (mit dem Verlangen zu gewährenden Kredits) anbietet, das Vertrauen verdiene, daß derselbe die den Vorleistungen des Kreditgebers entsprechenden zukünftigen Gegenleistungen erfüllen werde, *ist darauf gewiesen*, bei *anderen Kaufleuten*, (bei welchen er eine genaue Kenntniß von den Vermögensverhältnissen und der geschäftlichen Zuverlässigkeit jener Person, sowie die eigene kaufmännische Solidität und Sorgfalt voraussetzt, welche ihrer Antwort die Bedeutung einer festen Ueberzeugungsgrundlage verleiht), *Auskunft* über die Kreditwürdigkeit des Betreffenden einzuholen. Bei der Ausdehnung und Verzweigung des gegenwärtigen Handelsverkehrs müssen derartige Anfragen und Auskunftsertheilungen *sehr häufig* vorkommen. Dieselben gehören zu den *gewöhnlichen* Vorkommnissen im kaufmännischen Geschäftsleben. Da der Kaufmann im Geschäftsleben *unter seiner Firma* ins Auge gefaßt wird, insbesondere bei der offenen Handelsgesellschaft die Gesellschafter unter der *Namenseinheit* der Gesellschaftsfirma kaufmännisch handeln und zum kaufmännischen Handeln sollicitirt werden; so werden Anfragen der gekennzeichneten Art *an die Firma* gerichtet und *von der Firma* beantwortet. Die Personen, welche sich zu einer offenen Handelsgesellschaft vereinigen, müssen von vorneherein darauf gefaßt sein, daß ein solches gewöhnliches Vorkommniß des kaufmännischen Geschäftslebens auch in dem Geschäftsbetriebe des von ihnen etablirten Hauses vorkommen und die betreffende Auskunft durch einen der Gesellschafter, welche die Geschäfte ihres Hauses führen, im Namen dieses Hauses, d. h. unter der Gesellschaftsfirma, ertheilt werden werde. Eine Anfrage der gekennzeichneten Art ist für den Anfragenden eine Rechtsgeschäfte vorbereitende Handlung. Auch die *Auskunftsertheilung* besitzt den Charakter einer zum kaufmännischen Gewerbebetriebe gehörigen *Rechtshandlung*. Dieselbe wurzelt in der Natur des kaufmännischen Verkehrs. Geschäftsüblich wird sie von dem Kaufmann unter seiner Firma auf eine an die letztere (mit Rücksicht auf die derselben zugetraute, in ihrem Geschäfte erworbene Kenntniß und Erfahrung, sowie auf die nach ihrem guten Rufe in der Geschäftswelt bei ihr vorausgesetzte Loyalität, [gewöhnlich, wie im vorliegenden Falle, unter ausdrücklichem Erbieten zu ähnlichen geschäftlichen Gegendiensten, jedenfalls unter stillschweigender Voraussetzung einer solchen Bereitschaft], gerichtete, für die Geschäfts- und Vermögensinteressen des Anfragenden ersichtlich wesentliche) Aufforderung erklärt. Diese Erklärung ist (ihrer Natur nach) geeignet, je nach ihrem Inhalt das Vermögen des Anfragenden zu schädigen oder günstig zu beeinflussen, auch unter gewissen Voraussetzungen Verbindlichkeiten für denjenigen zu erzeugen, an dessen Adresse die Anfrage gerichtet war, und in dessen Namen die Antwort erfolgte. — Speziell für das Gebiet, in welchem zugleich das A. D. H. G. B. und das Preußische A. L. R. gelten, folgt der Charakter einer solchen Auskunftserklärung eines Kaufmanns als Rechtshandlung aus den Normen letzteren Gesetzbuchs über „Empfehlungen" im 13. und 14. Titel des ersten Theiles. — Wird nun erwogen, daß in dem A. D. H. G. B. bestimmt ist: im *Art. 15*, daß die Firma eines Kaufmanns der Name ist, unter welchem er im Handel seine Geschäfte betreibt; im *Art. 111*, daß die offene Handelsgesellschaft (zu deren Existenz nach Art. 85 der Betrieb eines Handelsgewerbes durch zwei oder mehrere Gesellschafter unter gemeinschaftlicher Firma gehört) unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen kann; im *Art. 114*, daß jeder zur Vertretung der Gesellschaft befugte Gesellschafter ermächtigt ist, *alle Arten von Geschäften und Rechtshandlungen* im Namen der Gesellschaft vorzunehmen; *so ergiebt sich die Konsequenz*, daß, wenn von einem zur Vertretung der offenen Handelsgesellschaft befugten Gesellschafter unter der Gesellschaftsfirma über die Kreditwürdigkeit einer Person auf eine in dieser Beziehung an die Firma gerichtete Anfrage eine derartige Auskunft ertheilt wird, daß (wenn eine solche Anfrage an einen Einzelkaufmann gerichtet wäre und derselbe auf diese Anfrage eine gleiche Auskunft ertheilt hätte), durch den Inhalt der Auskunft und die Beschaffenheit des Wissens und Willens bei ihrer Ertheilung (nach den maßgebenden Rechtsnormen) eine Schadensersatzverbindlichkeit erzeugt werden würde, *dadurch* eine Schadensersatzverbindlichkeit der *offenen Handelsgesellschaft* entsteht, für welche (gemäß Art. 112 des A. D. H. G. B.) die Gesellschafter solidarisch mit ihrem ganzen Vermögen haften. Die vorstehend klargelegten Rechtsgrundsätze stehen im Einklang mit den Gründen der bereits in den Entscheidungen des R. G. in Civilsachen im XV. Bde. unter Nr. 26, im XVII. Bde. unter Nr. 21 veröffentlichten Revisionsurtheile, sowie mit der von *Dernburg* in seinem Lehrbuche des Preußischen Privatrechts, Bd. II, dritte Auflage § 221 S. 641 Anm. 4 vertretenen Rechtsauffassung. Die abweichende Rechtsprechung des R. O. H. G. mißt dem Inhalt der Materialien des H. G. B. ein zu großes Gewicht bei, unter Heranziehung des (an sich richtigen aber bei der zu entscheidenden Rechtsfrage nicht zu verwerthenden) Grundsatzes,

daß Gesellschaften zur Verübung von unerlaubten Handlungen nicht geschlossen werden könnten. Jede offene Handelsgesellschaft muß die im Art. 80 des A. D. H. G. B. bestimmten Existenzbedingungen besitzen. Ihr Gegenstand ist der von den Gesellschaftern unter einer gemeinschaftlichen Firma zu verwirklichende Betrieb eines gemeinschaftlichen Handelsgewerbes. Dadurch wird in **keiner** Weise ausgeschlossen, daß bei diesem Betriebe des Handelsgewerbes ein Gesellschafter eine Handlung, **welche nach den Lebensverhältnissen zu jenem Betriebe gehört** und nach ihrem allgemeinen juristischen Begriffe **an sich** erlaubt ist, **derartig** im Namen der offenen Handelsgesellschaft **ausführe**, daß **dadurch** der Vermögensrechtskreis einer anderen Person verletzt und eine Schadensersatzverbindlichkeit **für die Gesellschaft** erzeugt wird. I. C. S. i. S. Krain u. Sohn c. Schlesinger vom 21. April 1888, Nr. 68/88 I.

13. Der B. R. geht davon aus, daß die Klausel „Qualität unbekannt" den Schiffer zwar nicht von der Pflicht befreit, sichtbare Mängel der Ladung gemäß Art. 660 H. G. B. im Konossement zu vermerken, daß aber als sichtbare Mängel nur solche zu betrachten sind, die auch von einem Nichtsachverständigen bei Anwendung gehöriger Sorgfalt wahrgenommen werden können. Dieser Auffassung, welche mit der bereits früher vom R. G. gebilligten Auslegung der gedachten Klausel übereinstimmt (Entscheidungen in Civilsachen, Bd. 4 S. 87 fg.), ist beizutreten. Im vorliegenden Fall steht fest, daß die dem Schiffer übergebenen Hölzer der Mehrzahl nach bereits bei der Abladung eine auch für Laien erkennbare blaugraue oder grünliche Färbung zeigten. Darin, daß der Schiffer es unterlassen hat, einen Vermerk hierüber im Konossement zu machen, würde indeß nur dann ein von der Kl. zu vertretendes Verschulden zu finden sein, wenn anzunehmen wäre, daß derselbe bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Schiffers in der Mißfarbigkeit zugleich eine mangelhafte Beschaffenheit der Waare hätte erkennen müssen. Gerade in letzter Hinsicht macht sich geltend, daß der Schiffer ein Nichtsachverständiger ist, dem eine besondere Sachkunde nicht zugemuthet werden kann. Die Vereinbarungen über die Qualität der Waare, welche zwischen dem Bekl. und dem Ablader als Verkäufer getroffen waren und durch welche sich die Empfangbarkeit der Waare für den Bekl. im Verhältniß zum Verkäufer bestimmt, können für die Verpflichtung des Schiffers schon deswegen nicht in Betracht kommen, weil nicht behauptet ist, daß demselben Kenntniß von dem Inhalt dieser Vereinbarungen gegeben worden sei. Auf Grund dieser Erwägungen ist der B. R. zu dem Ergebniß gelangt, daß dem Schiffer ein vertretbares Versehen bei Einnahme der Ladung, bezw. bei Ausstellung des Konossements nicht zur Last fällt. Es reicht, wie der B. R. zutreffend ausgeführt, zur Exkulpirung des Schiffers aus, daß nach dem Gutachten der vernommenen Sachverständigen Waaren, wie die hier zur Abladung gebrachte, im Holzhandel vorkommen, mithin, wenngleich zu einer geringeren Sorte gehörig, doch immer noch Handelsgut sind. Hat demgemäß der Schiffer durch die Unterlassung eines Vermerks im Konossement über die Beschaffenheit der Waare sich keiner Versäumniß der ihm gesetzlich obliegenden Pflichten (Art. 660, 478 H. G. B.) schuldig gemacht, so ist dem B. R. auch darin zuzustimmen, daß durch die angeblich vor oder bei Einnahme der Ladung im Auftrag der Bekl. an den Schiffer gerichtete besondere Aufforderung, etwaige Mängel im Konossement zu vermerken, keine erhöhte Verantwortlichkeit desselben begründet worden ist, wie auch darin, daß der Anspruch der Bekl. sich nicht auf das im gedruckten Text des Konossements enthaltene Bekenntniß, daß die Waare gut und wohlbeschaffen empfangen sei, stützen läßt, da dieses formularmäßige Anerkenntniß durch den Vermerk „Qualität unbekannt" als beseitigt zu betrachten ist. I. C. S. i. S. Pund und Sohn c. Koch und Comp. vom 12. Mai 1888, Nr. 99/88 I.

14. Die Vorschriften des ersten Abs. der Art. 395 und 607 des H. G. B. über die Haftung des Frachtführers resp. Verfrachters für allen durch Verlust oder Beschädigung des Frachtgutes seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung entstandenen Schaden stimmen völlig darin überein, daß eine Befreiung von dieser Haftung — abgesehen von den dort angegebenen anderen, hier aber nicht in Frage kommenden Gründen — **nur** eintritt, wenn der Frachtführer oder Verfrachter beweist, daß der Verlust oder die Beschädigung durch höhere Gewalt entstanden ist. Sowohl nach den Grundsätzen über das Frachtgeschäft zu Lande und auf Flüssen und Binnengewässern, als nach den Grundsätzen über das Frachtgeschäft zur See kann die Kl. daher, nachdem festgestellt ist, daß sie sich auf höhere Gewalt nicht berufen kann, von der Bekl. nicht den Ersatz von Auslagen beanspruchen, welche sie nach ihrer eigenen Angabe gemacht haben will, um durch die Hebung des mit seiner Ladung gesunkenen Schiffes auch den Verlust oder die Vergrößerung der Beschädigung des von den Bekl. verladenen Frachtgutes zu verhindern. Denn für diesen Verlust und diese Beschädigung hatte die Kl. der Bekl. zu **haften**, und sie machte mithin die Aufwendungen und Auslagen lediglich für **ihre** Rechnung und in **ihrem** Interesse, so daß dabei von einer **nützlichen Geschäftsführung** und von einer **in rem versio** ihrerseits oder einer **ungerechtfertigten Bereicherung** auf Seiten der Bekl. nicht die Rede sein kann. Ihrem Ersatzanspruche steht vielmehr eine liquide Gegenforderung von gleichem Betrage gegenüber. Die Vorschrift des Art. 704 des H. G. B., nach welcher die Anwendung der Bestimmungen über große Havarie dadurch nicht ausgeschlossen wird, daß die Gefahr in Folge des Verschuldens eines Dritten oder auch eines Betheiligten herbeigeführt ist, steht dem nicht entgegen. Denn hiermit wird nur in korrekter Weise ausgesprochen, daß selbstverständlich für die **Beschaffenheit** der die Voraussetzung der großen Havarie bildenden Gefahr deren **Ursache** unerheblich ist. Auch kann nicht etwa aus der Bestimmung im Abs. 2 des Art. 704, daß der Betheiligte, welchem ein **Verschulden** an der Herbeiführung der gemeinsamen Gefahr zur Last fällt, nicht allein wegen der ihm entstandenen Schäden keine Vergütung fordern kann, sondern auch den Beitragspflichtigen für den Verlust verantwortlich ist, welchen sie dadurch erleiden, daß der Schaden als große Havarie zur Vertheilung kommt, argumento e contrario gefolgert werden, daß sich dies anders verhalte, wenn zwar der betheiligte Rheder und Verfrachter den Ladungsinteressenten hafte, aber nur — weil keine höhere Gewalt vorliegt — ex recepto für den ihn treffenden **casus**. Zu einer solchen, schon an sich immer gewagten Schlußfolgerung liegt um so weniger Grund vor, als die Entstehungsgeschichte des Art. 704 zeigt, daß man mit dem zweiten Abs. desselben lediglich darauf hin-

weisen wollte, daß, obwohl selbst das Verschulden eines der Betheiligten die Existenz und die Wirkungen der großen Havarie im Allgemeinen nicht aufheben, doch ein solches Verschulden nicht schlechthin ohne Einfluß bleibe und seine Wirkungen vielmehr nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beurtheilen seien, weshalb in der zweiten Lesung sogar beantragt wurde, den Abs. 2 des Art. wieder zu streichen, weil sich sein Inhalt schon auf Grund anderer Bestimmungen des Gesetzes ergebe und eine Wiederholung desselben überflüssig sei, welcher Antrag nur deshalb abgelehnt wurde, weil die Selbstverständlichkeit der Vorschrift nicht für ganz zweifellos erachtet wurde. Vergleiche Protokolle S. 2687 bis 2689 und S. 4079. I. C. S. i. S. Rheinschiffer-Vereinigung Mannheim u. Rotterdam c. Klöpfen u. Königer vom 19. Januar 1888, Nr. 360/87 I.

15. Wenn zum Zweck der Errettung von Schiff und Ladung aus einer gemeinsamen Gefahr Kosten aufgewendet worden sind, so sind diese große Havarie. Ein solcher Fall der Aufwendung von Kosten zu diesem Zweck ist bei Beschädigung des Schiffs Einlaufen in einen Nothhafen zur Vermeidung des drohenden Untergangs des Schiffs und folgeweise der Ladung. Wäre im Gesetz über diesen Punkt nichts Besonderes bestimmt, so würde aus dem allgemeinen Grundsatz folgen, daß zwar der Regel nach die Kosten der Reparatur selbst vom Schiff allein zu tragen sind, daß aber die übrigen Kosten z. B. für Beköstigung der Mannschaft in große Havarie fielen. Dazu würden aber namentlich die durch die Fahrt nach dem Nothhafen besonders entstandenen Reisekosten zu zählen sein. Das H. G. B. führt nun in Art. 708 sieben Fälle der großen Havarie auf, aber nur als Hauptfälle, nicht um die Fälle zu erschöpfen. Unter Nr. 4 wird auch der Fall des Einlaufens in einen Nothhafen behandelt. In Abs. 2 wird aufgeführt, was in diesem Fall zur großen Havarie gehöre. Es sind dies wesentlich die Aufenthalts- und Ladekosten und an erster Stelle sind genannt die Kosten des Einlaufens und Auslaufens. Nun könnte man allerdings diese Worte in einem weiteren Sinne dahin verstehen wollen, daß darunter auch die Reise nach dem Nothhafen und aus demselben zu verstehen sei, und annehmen, daß die Worte nur darum gewählt seien, weil in den bei weitem meisten Fällen nur die betreffenden Hafenkosten überhaupt in Betracht kämen. Es hieße das aber den Worten Zwang anthun, da dieselben einen bestimmten engeren Sinn haben. Es findet sich auch kein Anhalt dafür, daß der Gesetzgeber die wirklichen Reisekosten bei jener Bestimmung vor Augen gehabt hätte. Ferner ist es nicht unbedenklich, bei Auslegung der Spezialbestimmungen des Art. 708 vom Wortlaut abzuweichen; denn es ist gewiß richtig, was das R. O. H. G. in zwei Erkenntnissen ausgesprochen hat: War auch eine erschöpfende Aufzählung der Fälle der großen Havarie nicht beabsichtigt, so bestand doch die Aufgabe darin, für jeden einzelnen behandelten Fall klares Recht zu geben. Entscheidungen des R. O. H. G. Bd. VIII Nr. 53 S. 218; Bd. XIII Nr. 129 S. 407. Diese enge Interpretation der Nr. 4 führt aber nicht nothwendig dazu, die Reisekosten von der großen Havarie auszunehmen, es bleibt immer noch der Weg offen, welchen das B. G. eingeschlagen hat, nämlich der, einen besonderen Fall der großen Havarie in der Reise nach dem Nothhafen anzunehmen. I. C. S. i. S. Siemers u. Comp. c. Boyes u. Rugler vom 28. März 1888, Nr. 31/88 I.

III. **Sonstige Reichsgesetze.**

Zur Reichsgewerbeordnung.

16. Was die subjektive Seite der Haftbarkeit des Gewerbeunternehmers anlangt, so steht in der Rechtsprechung fest — vergl. Entscheidungen des R. G. Bd. XII S. 45, 130 —, daß zur Annahme jener Haftbarkeit im Falle einer Versäumniß gegenüber der Vorschrift des § 120 cit. ein Verschulden des Gewerbsunternehmers erforderlich ist. VI. C. S. i. S. Wald c. Heilbei vom 9. Mai 1888, Nr. 66/88 VI.

Zum Reichshaftpflichtgesetz.

17. Handelt es sich um die Klage der Hinterbliebenen des durch einen vertretbaren Unfall Getödteten (§ 3 Ziffer 1) oder klagt derjenige, welcher durch die Verletzung seine Arbeitsfähigkeit ganz verloren hat, (§ 3 Abs. 2), so sind der Regel nach zur Zeit des Urtheils alle thatsächlichen Verhältnisse erkennbar, welche für die Ermittelung des Zeitpunktes, in welchem ohne den Unfall die Erwerbsfähigkeit aufgehört haben würde, von Bedeutung sein können, und von der Zukunft stehen weitere Aufschlüsse nicht zu erwarten. Hier ist der Richter darauf angewiesen, aus den gegebenen Verhältnissen seine Schlüsse zu ziehen und mit Wahrscheinlichkeiten zu rechnen. Er muß die Erfahrungssätze beachten, welche durch die statistischen Zusammenstellungen ermittelt worden sind, und dabei die Umstände des Einzelfalles, insbesondere die Körperbeschaffenheit, den Beruf und die Lebensgewohnheiten des Verletzten berücksichtigen. Er würde daher das Gesetz verletzen, wenn er die Behauptung und das Beweiserbieten unbeachtet ließe, daß nach den Regeln der Erfahrung das Aufhören der Erwerbsfähigkeit vor dem Lebensende zu erwarten stehe, und wenn er bei Zusprechung einer lebenslänglichen Rente den Verpflichteten auf die demselben nach § 7 des Gesetzes zustehende Aufhebungs- oder Minderungsklage verweisen wollte. Ebenso kann nur eine Wahrscheinlichkeitsrechnung stattfinden, wenn die Parteien über eine Kapitalabfindung einig sind. Anders liegt der vorliegende Fall. Kl. hat seine Erwerbsfähigkeit nur zum Theile eingebüßt. Er ist im Dienste des beklagten Bergfiskus verblieben, setzt seine Arbeit in den Kohlengruben fort und unterliegt allen Einwirkungen dieses Berufes auf seine Erwerbsfähigkeit ebenso, wie wenn der Unfall nicht stattgefunden hätte. Wann die Erwerbsunfähigkeit ohne die Verletzung aufgehört haben würde, kann zur Zeit auch nicht mit annähernder Sicherheit festgestellt werden, da die Statistik nur eine Durchschnittsberechnung zwischen weit auseinanderliegenden Grenzen zu gewähren vermag und ebenso das erbotene Gutachten von Lazarethärzten sich nothwendig auf eine Durchschnittsrechnung beschränken muß. Dagegen ist nach menschlicher Voraussicht anzunehmen, daß in der Zukunft, und zwar in dem Augenblicke, wo Kl. bergfertig wird, der Zeitpunkt des Aufhörens der Erwerbsfähigkeit mit Sicherheit festgestellt werden kann, indem alsdann der Eintritt der Invalidität als der für das Aufhören maßgebende festgestellt, oder durch Sachverständige ermittelt wird, ob ohne die Verletzung die Erwerbsfähigkeit länger gedauert haben würde. II. C. S. i. S. Bergfiskus c. Frantz vom 4. Mai 1888, Nr. 82/88 II.

18. Den eventuellen Antrag des zur Zeit noch für erwerbsfähig erachteten und mit seinem Entschädigungsanspruche für die

Zukunft abgewiesenen Kl., ihm seine Rechte auf eine Rente vorzubehalten, weist das B. G. zurück, weil es einen solchen Vorbehalt im Hinblick auf § 7 des R. H. G. vom 7. Juni 1871 für überflüssig erachtet, indem es der Ansicht ist, daß nach § 7 dem Verletzten auch im Falle der Aberkennung einer Rente das Recht zustehe, den Antrag auf Zuerkennung einer solchen zu stellen, wenn die Verhältnisse, welche die Aberkennung der Rente bedingt haben, sich wesentlich geändert haben. Diese Annahme verletzt die Vorschrift in § 7 cit. Derselben steht zunächst der Wortlaut des Gesetzes entgegen. Denn es kann danach der Verletzte jederzeit die Erhöhung oder Wiedergewährung der Rente fordern, wenn die Verhältnisse, welche für die Feststellung, Minderung oder Aufhebung maßgebend waren, wesentlich verändert sind. Wie bei den Antrag des Verpflichteten auf Aufhebung oder Minderung der Rente, wird auch bei dem Antrag des Berechtigten vorausgesetzt, daß ihm überhaupt eine Rente zuerkannt worden ist. Der von dem B. G. für die Ansicht, daß der § 7 cit. auch in dem Falle Anwendung finde, wenn eine Rente für die Zukunft aberkannt sei, allein geltend gemachte Grund, dieselben Rücksichten, nach welchen dem Verletzten gestattet wurde, unter Umständen Erhöhung einer zuerkannten und Wiedergewährung einer auf Antrag des Verpflichteten herabgesetzten oder aufgehobenen Rente zu fordern, geboten den Antrag auf Zuerkennung einer früher überhaupt aberkannten Rente zuzulassen, würde, selbst für den Fall, daß die Voraussetzung, daß für beide Fälle die gleichen Rücksichten für Zulassung eines solchen erneuerten Antrags vorliegen, zutreffend wäre, nicht geeignet sein, diese Annahme zu rechtfertigen, da eine solche ausdehnende Anwendung eines Gesetzes auf im Gesetze nicht geregelte Fälle nicht zuläsig erscheint. Gegen diese Auffassung der Vorschrift in § 7 cit. sprechen aber auch der Zweck und die Entstehungsgeschichte des Gesetzes. Das Urtheil, welches auf Grund der Vorschriften des Haftpflichtgesetzes ergeht, soll bezüglich der Haftpflicht, der Verpflichtung, Ersatz für den durch einen Unfall erlittenen Vermögensnachtheil zu leisten, rechtskräftig werden, die Wirkungen der Rechtskraft des Urtheils sollen nur in Betreff der Höhe der Rente und der Dauer insofern aufgehoben werden, als eine Berücksichtigung der nach Erlaß des Urtheils eintretenden Veränderung der für die Zuerkennung der Rente und für die Feststellung der Höhe derselben maßgebenden Verhältnisse zugelassen ist. Ist durch das auf die Klage des Verletzten ergangene Urtheil entschieden, daß eine Verpflichtung des Bekl., eine Rente für die Zukunft zu zahlen, überhaupt nicht bestehe, die hierauf gerichtete Klage abgewiesen, so wird dieser Ausspruch des Gerichtes rechtskräftig, und es kann der Verletzte nicht wegen später eingetretener Veränderung der Umstände, welche die Abweisung seines Klagantrags veranlaßt haben, von Neuem eine Klage auf Zuerkennung einer Rente erheben, falls inzwischen die Verjährungsfrist abgelaufen ist. Der Gesetzgeber hätte auch in diesem Falle eine neue Klage zulassen können, allein es ist dieses nicht geschehen und darf daher auch der Richter eine solche Klage nicht zulassen. Es ist allerdings nach einem Urtheile des sechsten C. S. des R. G. vom 25. November 1886 (Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. 17 S. 23 ff.) in einem dem vorliegenden ähnlichen Falle, in welchem dem Verletzten nur eine Entschädigung für die Vergangenheit zuerkannt, der Anspruch auf Zuerkennung einer Rente für die Zukunft abgewiesen war, weil für erwiesen erachtet wurde, daß der Kl. nach Ablauf der Zeit, für welche die Entschädigung zuerkannt worden, wieder völlig hergestellt sei, eine später nach Wiedereintritt der Arbeitsunfähigkeit erhobene Klage auf Zuerkennung einer Rente für statthaft erklärt, und dabei ausgesprochen, daß § 7 des Gesetzes vom 7. Juni 1871 auch für den Fall gelte, wenn das vorprozessuale Urtheil dem Verletzten eine Rente als Ersatz für künftigen Erwerb abgesprochen und diesen Ausspruch damit begründet habe, daß der Verletzte wieder arbeitsfähig geworden sei. Diese Entscheidung beruht aber auf der Annahme, daß dem Verletzten durch das Urtheil in dem Vorprozesse eine dem Klagantrage entsprechende Rente für den bei der Urtheilsfällung verflossenen Zeitraum ausgeworfen, der Zuspruch weiterer Rente aber lediglich aus einem Grunde beanstandet sei, welcher dem damaligen Körperzustande des Kl., also einem für die Aufhebung der Rente in Betracht kommenden Verhältnisse entnommen sei. Diese Voraussetzung ist aber im vorliegenden Falle nicht gegeben, da dem Kl. für die vor dem Erlasse der verschiedenen Urtheile in Folge des erlittenen Unfalls eingetretene verminderte Arbeits- und Erwerbsfähigkeit nicht eine Rente, sondern verschiedene Kapitalbeträge zuerkannt sind, es greift daher die der Entscheidung VI. des C. S. zu Grunde liegende Annahme, daß dem Kl. eine Rente zuerkannt, aber die Zuerkennung einer weiteren Rente aus einem für die Aufhebung der Rente in Betracht kommenden Verhältnisse beanstandet sei, im gegenwärtig zu entscheidenden Falle nicht Platz. III. C. S. i. S. Eggert c. Pr. Fiskus vom 8. Mai 1888, Nr. 37/88 III.

Zum Reichsbeamtengesetz.

19. Die den elsaß-lothringischen Eisenbahnbeamten zu ihren Gehältern verliehenen außerordentlichen Zuschüsse sind nach dem Etat des Reichs pro 1872 und dessen Begründung als nicht pensionsfähige Zulagen gegeben worden. Allmählig wurden Theile dieser Zuschüsse in Besoldung verwandelt und damit pensionsfähig gemacht, so auch bei dem Kl., welcher bei seiner Ernennung neben 2100 Mark Gehalt einen ausdrücklich als nichtpensionsfähig bezeichneten Zuschuß von 1050 Mark bewilligt erhielt, bei seiner Pensionirung aber neben einem Gehalt von 3300 Mark einen Zuschuß von nur 600 Mark bezog. Die Verleihung dieser außerordentlichen Zuschüsse ist bei der Vorlage des Etats von 1872 näher begründet worden. Zur Gewinnung zuverlässiger Kräfte aus den altdeutschen Landen wurde es danach für unabweislich erachtet, das Einkommen der Eisenbahnbeamten nicht nur höher als in der Heimath, sondern so ausreichend zu bemessen, daß der Beamte mit seiner Familie an den zum Theil theuren Orten seiner sozialen Stellung angemessen leben könne und sich hierdurch bestimmen lasse, lieb gewordene Verhältnisse und sichere Avancementsaussichten in der Heimath aufzugeben und sich dann nicht nur schwierigen und anstrengenden, sondern auch mit Darbringung mancherlei Opfer verbundenen Dienst mit Treue und Freudigkeit hinzugeben. Andererseits wurde die Gewährung höherer pensionspflichtiger Gehaltssätze als in den übrigen deutschen Landen, namentlich im Hinblick auf eine künftige etwaige Zurückversetzung für bedenklich gehalten, vielmehr erschien es empfehlenswerth, um eine solche Zurückversetzung möglich zu machen und dadurch zugleich die Unzuträglichkeiten einer kleinen in sich abgeschlossenen Verwaltung fern zu halten, keine höheren pensionspflichtigen Gehaltssätze als die bei den preußischen Staatsbahnen bestehenden zu bestimmen und die

überschießenden Beträge der in Aussicht genommenen Einkommensätze in der Gestalt von außerordentlichen Zuschüssen zu gewähren. Die Verleihung solcher Zuschüsse als **nicht** pensionsfähiger Theile des Diensteinkommens mit Rücksicht auf die besonderen Dienstverhältnisse in den Reichslanden widerstreitet den Grundsätzen des Reichsbeamtengesetzes nicht. Die Pension hat die gleiche Natur wie das Gehalt, welches eine Rente zum standesgemäßen Unterhalt des Beamten ist. Bei der nach Bruchtheilen des gesammten Diensteinkommens eines Beamten zu berechnenden Pension kommt daher nur das wirkliche oder ordentliche Diensteinkommen in Betracht, nicht auch solche dienstlichen Bezüge, welche als Entschädigung für außerordentlichen Aufwand gegeben werden, und selbst bei eigentlichem Diensteinkommen wie bei Naturalbezügen der im § 42 Nr. 1 des Gesetzes bezeichneten Art ist noch bei Bestimmung der anrechnungsfähigen Geldbeträge einem Ermessen Raum gelassen. Daher sind nach § 42 des Gesetzes zunächst von der Anrechnung bei der Pensionsbestimmung ausgenommen die Vergütungen für Repräsentations- oder Dienstaufwandskosten, obgleich auch diese zu dem Diensteinkommen im weiteren Sinne gehören. Die in Rede stehenden außerordentlichen Zuschüsse gehören zwar nicht, wie das O. L. G. annimmt, zu den feststehenden Dienstemolumenten des § 42 Nr. 1 des Reichsbeamtengesetzes, worunter, wie aus den angeführten Beispielen und der Gegenüberstellung der Geldbesoldung erhellt, Naturalbezüge oder Werthsersatz für solche zu verstehen, sie sind aber wie Dienstaufwandskosten neben dem eigentlichen Gehalt mit Rücksicht auf besondere Verhältnisse während des aktiven Dienstes gewährte Vergütungen und konnten daher als nicht zu dem ordentlichen Diensteinkommen gehörige Bezüge von der verhältnißmäßigen Fortgewährung als Pension ausgeschlossen werden. Die Verwaltung war durch das Reichsbeamtengesetz nicht genöthigt, zwischen Verzicht auf Besserstellung der nach Elsaß-Lothringen zu berufenden Beamten und Gewährung erhöhter Pensionsansprüche neben den bewilligten Gehaltszuschüssen zu wählen, vielmehr ist die Maßregel, wie sie nach dem Angeführten getroffen wurde, als dem Reichsbeamtengesetze nicht zuwiderlaufend zu erachten. II. C. S. i. S. Kraemer c. Reichsfiskus vom 15. Mai 1888, Nr. 68/88 II.

Zum Markenschutzgesetz.

20. Das B. G. betrachtet die richtigen beiden Vergleichungsobjekte, das Waarenzeichen, wie es für Kl. eingetragen ist, und den auf der Langseite der beklagtischen Waarenpackete befindlichen Streifen, vom Standpunkte eines Beschauers des letztgedachten Streifens, der den charakteristischen Bildeindruck des erstgedachten Waarenzeichens im Gedächtniß hat, und findet, daß ein solcher Beschauer glauben durfte, in jenem Streifen das erstgedachte Waarenzeichen, sich individuell aus einer Etikette heraushebend, wiederzufinden. Es bedarf im Hinblick auf den § 18 des Mark. Sch. G. und die konstante Rechtsprechung keiner besonderen Begründung dafür, daß dies der richtige Standpunkt ist und nicht etwa der eines Beschauers, der die Vergleichungsobjekte in Wirklichkeit beide nebeneinander vor sich hat. Das B. G. will auch offenbar nicht von einer allgemeinen Regel ausgehen, nach welcher der Konsument bei Aufnahme des Eindrucks aus einem aus einer Figur und Zuthaten bestehenden Waarenzeichen stets die Zuthaten außer Acht lassen dürfe oder außer Acht lasse, sondern nur aussprechen, daß bei dem vorliegenden Waarenzeichen die Zuthaten derartig hinter die Figur zurücktreten, daß naturgemäß als Eindruck nur der der Figur festgehalten wird. I. C. S. i. S. Eisen- und Drahtwerk Erlau c. Klett und Comp. vom 9. Mai 1888, Nr. 61/88 I.

Zum Patentgesetz.

21. Gegenstand der patentirten Erfindung bei auf chemischem Wege hergestellten Stoffen ist nicht nur das Verfahren, sondern auch der mittelst desselben erzeugte Stoff. Ausführlich begründet und angewendet auf die Erzeugung von chemischen Stoffen im Auslande mittelst eines für das Inland patentirten Verfahrens. I. C. S. i. S. Badische Anilin- und Sodafabrik c. Geigy vom 14. März 1888, Nr. 389/87 I.

22. Sind die Behauptungen der Kl. dahin aufzufassen, daß die Bremsklötze zu dem Zwecke — zunächst noch dahingestellt, ob dies ein dem Anfertiger oder Lieferer oder nur dem Besteller oder Abnehmer bewußter Zweck war — ihrer Verbindung mit den übrigen im Patent Nr. 1905 vorgesehenen Bremsvorrichtungstheilen angefertigt und geliefert worden sind, so kann sich der Anfertiger und Lieferer der Bremsklötze den Ansprüchen des Patentinhabers aus dem Patentgesetze durchaus nicht unter allen Umständen deshalb entziehen, weil das, was er allein angefertigt und geliefert habe, nicht für sich, sondern nur in Kombination mit den von Anderen hinzugefügten Theilen den Gegenstand einer durch das Patent geschützten Erfindung darstelle. Bei solcher Auffassung würde bei Kombinationspatenten, da das Gleiche natürlich auch derjenige für sich in Anspruch nehmen kann, der die anderen Theile herstellt und liefert, sofern er sie nicht mit jenem Theile zusammenfügt, Ansprüche wegen Patentverletzung nur derjenige auf sich laden, der entweder die Zusammenfügung — deren es übrigens für die Benutzung des Gegenstandes der Erfindung durchaus nicht immer bedarf — vornimmt, sofern dies ein Akt gewerbsmäßiger Herstellung wäre oder der den Gegenstand, falls er unter § 4 Abs. 2 des Pat. G. fällt gebraucht. Setzt man nun den Fall, daß gerade dieser in dem guten Glauben handelt, es habe einer der anderen Betheiligten die Lizenz zur Benutzung des Patents, welcher Glauben gerade durch diesen Letzteren hervorgerufen sein kann, so würde alsdann, so lange solcher Glaube vorwaltet, trotz der offensichtlichen Absicht eines oder mehrerer Mitwirkenden, das Patent zu verletzen, dem Patentinhaber Niemand schadensersatzpflichtig sein, so daß die Theilung der Herstellung das geeignete Mittel zur Umgehung des Patents wäre. Solche Zerstörung des Patentschutzes im Wege der Auseinanderhaltung der einzelnen Kombinationstheile liegt dem Patentgesetze fern. Nach demselben kommen zivilrechtlich in Betracht der Anspruch auf Schadensersatz gegen den wissentlichen Patentverletzer gemäß § 34 and der negatorische Anspruch auf Unterlassung der Handlungen, welche gemäß § 4 einen Eingriff in das Patent enthalten. Was die Verantwortlichkeit bei wissentlicher Patentverletzung gemäß § 34 des Gesetzes anlangt, so ist bei der Deliktsnatur solchen Handelns ähnlich, wie dies bereits bei der wissentlichen Verletzung des fremden Rechts an einem Waarenzeichen angenommen worden ist, vergl. Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. XVIII S. 38 eine Urheberschaft oder Miturheberschaft möglich, ohne daß die darnach verantwortlich zu machende Person selbst die Handlungen vornimmt, welche die gewerbsmäßige Herstellung oder das Inverkehrbringen oder das Gebrauchmachen darstellen. Es reicht in solchem Falle hin, wenn die Absicht, daß die die Patentverletzung unmittelbar darstellenden Handlungen durch Andere ver-

wirklicht werden, durch irgend eine Handlung mit Erfolg bethätigt wird. Ist aber die bethätigende Handlung die der Anfertigung und Lieferung eines von mehreren zu kombinirenden Theilen des Gegenstandes eines Kombinationspatentes und ist diese Anfertigung und Lieferung mit einer darauf folgenden Hinzufügung dieses Theils Seitens des Bestellers oder Uebernehmers zu den anderen Theilen des Gegenstandes des Kombinationspatentes in der Weise verknüpft, daß die erstgedachte Anfertigung und Lieferung nach dem Wissen dessen, der sie vornimmt, die Bestimmung hat, mit den anderen Theilen zusammengefügt zu werden, so liegt sogar eine unmittelbare Mitausführung bei der Herstellung des Gesammtgegenstandes und, sofern die dem einzelnen Anfertigenden bewußte Bestimmung dahin geht, daß entweder der Gesammtgegenstand nach der Zusammenfügung oder die gesammten Theile einem Dritten zum Gebrauche der Kombination geliefert werden sollen, eine unmittelbare Mitausführung des Aktes des Inverkehrbringens des Gesammtgegenstandes vor. Es bedarf eben in solchem Falle für die erforderliche Wissentlichkeit, weil der Einzelne nicht die ganze den Thatbestand ausmachende Thätigkeit leistet, nur neben der Kenntniß von der Patentirung und der Kenntniß davon, daß sich an seine Handlung eine weitere Thätigkeit eines Anderen im Sinne der Verwirklichung des Thatbestandes der Patentbenutzung durch beide Thätigkeiten zusammen reihen soll, noch der Wissenschaft, daß auch der andere in Thätigkeit Tretende keine Erlaubniß Seitens des Patentinhabers hat. Alles dies aber darf als behauptet nach den hier angezogenen Anführungen der Klage erscheinen. Was aber den negatorischen Anspruch anlangt, so erscheint, sofern bereits bisher von der Bekl. angefertigte und gelieferte Bremsklötze, die dem Patent 1905 entsprechen, mit den anderen Theilen der patentirten Bremsvorrichtung verbunden worden sind, um die patentirte Bremsvorrichtung zur Anwendung und Darstellung zu bringen, ein Anspruch zum Mindesten dahin begründet, daß der Bekl. die fernere Herstellung und Lieferung solcher Bremsklötze zu untersagen wäre, soweit sie unter der ihr bewußten Bestimmung, mit den anderen Theilen der durch Patent 1905 patentirten Bremsvorrichtung verbunden zu werden, zu erfolgen hätte. Ob ein Untersagungsanspruch auf diese Fälle zu beschränken und nicht insbesondere auch für Fälle der Anfertigung und Lieferung ohne positives Wissen von der bevorstehenden Zusammenfügung mit den anderen Theilen der patentirten Vorrichtung, sobald es nur bei der Anfertigung und Lieferung an ausreichendem Grunde fehlt, die Verwendung der Bremsklötze zu einem anderen Bremsmechanismus vorauszusetzen, zutreffen möchte, dies jetzt zu erörtern, bietet die Lage der Sache noch keinen Anlaß. Bemerkt soll nur noch im Allgemeinen werden, daß, selbst wenn die anderen Theile, mit denen die Bremsklötze verbunden worden sind, mit den in dem Patent vorausgesetzten nicht durchaus identisch sein sollten, immer noch zu prüfen wäre, ob nicht dem Wesen nach eine Wiedergabe des Kombinationspatents vorhanden wäre. I. C. S. i. S. Gebrüder Glöckner c. G. u. J. Jaeger zu Elberfeld vom 5. Mai 1888, Nr. 86/88 I.

(Schluß folgt.)

Für die Redaktion verantw.: L. Haenle. Verlag: W. Moeser Hofbuchhandlung. Druck: W. Moeser Hofbuchdruckerei in Berlin.

№ 29 und 30. Berlin, 26. Juni. 1888.

Juristische Wochenschrift.

Herausgegeben von

S. Haenle, Justizrath, Rechtsanwalt in Ansbach. und M. Kempner, Rechtsanwalt beim Landgericht I. in Berlin.

Organ des deutschen Anwalt-Vereins.

Preis für den Jahrgang 20 Mark. — Inserate die Zeile 40 Pfg. — Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt.

Kaiser Friedrich †.

Nachdem vor drei Monaten der greise Vater in die Gruft gesunken, folgte ihm im kräftigen Mannesalter Kaiser Friedrich in das Jenseits. Eine tückische Krankheit hat ihm verwehrt, zu verwirklichen, was ihm im Geiste Hohes und Herrliches vorschwebte zur Vollbringung für das deutsche Volk. Auch für das Gebiet der Rechtsentwicklung hegte er große vielversprechende Pläne. Was er gedacht und geplant, es konnte nicht zur That werden, aber es wird dennoch für alle Zeiten Zeugniß von einem Fürsten ablegen, der zu den glänzendsten Idealgestalten der Geschichte gehört.

S. H.

Inhalt.

Aufsätze für die Juristische Wochenschrift, welche acht Spalten überschreiten, können nur ausnahmsweise angenommen werden. Aufsätze, welche sich auf Angelegenheiten des Anwaltstandes und die Reichsjustizgesetze beziehen, erhalten den Vorzug.

Die Redaktion.

Hülfskasse für deutsche Rechtsanwälte.

Die Anwaltskammern im Bezirke der Oberlandesgerichte zu Naumburg und Augsburg haben der Kasse wiederum Beihülfen und zwar Naumburg 500 Mark, Augsburg 200 Mark überwiesen. Den Kammern und ihren Vorständen ist für die erfreulichen Gaben der aufrichtigste Dank ausgesprochen.

Die Aufgaben der Kritik des bürgerlichen Gesetzbuches.

Von Rechtsanwalt Bernhard Hartmann in Nürnberg.

Das Datum des 31. Dezember 1887 bezeichnet einen denkwürdigen Tag in der Geschichte des deutschen Reiches. Mag der jetzt vorliegende Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches die gesetzgeberische Sanktion erlangen und dem Dom deutscher Rechtseinheit zur krönenden Spitze werden, oder mag der gegenwärtige Entwurf nur einen der Grundsteine für diesen stolzen Bau bilden: der Tag, an welchem nach nahezu fünf Lustren die Vorarbeiten für ein einheitliches Recht zu ihrem Abschlusse gelangt sind, bildet einen wichtigen Merkstein in der Entwicklungsgeschichte deutscher Rechts- und Reichseinheit.

Der Gedanke, in solch ein in fünfzehnjährigem ununterbrochenem Schaffen ausgereiftes Werk hervorragender Praktiker und Rechtslehrer die Sonde der Kritik einzuführen, erzeugt nothwendig einen gewissen Grad von Beklemmung. Die Befangenheit mehrt sich, wenn schon jetzt die widersprechendsten Urtheile über den Werth und Unwerth der gesetzgeberischen Schöpfung hervortreten. Neben den Klagen über Mangel an Einheitlichkeit, systematischer Folgerichtigkeit und Freiheit gegenüber den romanistischen Rechtsbildungen ertönt das uneingeschränkteste Lob über den Einklang des Entwurfs mit den Bedürfnissen unserer modernen Vermögenswirthschaft; den Meinungen, welche dem Entwurfe die gesetzgeberische Lebensfähigkeit absprechen, treten die begeisterten Fürsprecher desselben entgegen, welche nicht laut genug davor warnen können, die Grundlagen des Entwurfes anzutasten, um eine nochmalige gänzliche Umgestaltung zu vermeiden. Gewiß sind alle diese Meinungsäußerungen in dem gegenwärtigen Stadium, in welchem nur ein Theil der Motive veröffentlicht und ein abschließendes Gutachten unmöglich ist, von dem Vorwurfe der Vorzeitigkeit, ja sogar einer gewissen Uebereilung nicht frei zu sprechen. Allein sie sind mehr oder minder geeignet, den unbefangenen Blick des Kritikers zu trüben, die Selbstständigkeit der Beurtheilung zu erschweren. Gewisse Ziel- und Richtpunkte sind bei der Beurtheilung des Entwurfes unverrückt in's Auge zu fassen.

Vor Allem dürfte die äußere Anordnung und Aneinanderreihung des Rechtsstoffes, die Systematisirung des Entwurfes jeder Kritik entrückt sein. Die kritische Thätigkeit des Gutachters soll nicht zu einer destruktiven werden; jede Bresche in das System aber würde die Grundlagen des Entwurfes und damit dessen praktische Brauchbarkeit in Frage stellen. Gewiß ohne Noth.

Bei einem Lehrbuch, dessen Hauptaufgabe die analytische Entwicklung der Rechtsbegriffe ist, mag die Richtigkeit des Systems mit Recht den Gegenstand der sorgfältigsten kritischen Prüfung bilden. Anders bei einem Gesetzbuch, bei welchem die Systematisirung als ein für die praktische Handhabung des Gesetzes kaum entscheidender Faktor in Betracht kömmt. Unter allen Codifikationen dürfte das preußische Landrecht gewiß als die systemloseste erscheinen, und dennoch hat diese Systemlosigkeit die praktische Anwendbarkeit des Gesetzes kaum in erheblichem Grade beeinträchtigt. So erscheint es beispielsweise vom praktischen Gesichtspunkte aus gewiß von untergeordneter Bedeutung, ob der Besitzerwerb durch Ersitzung als ein selbstständiger Eigenthumstitel oder als Abart der Verjährung gekennzeichnet wird.

Noch in anderer Richtung hat sich der Kritiker eine gewisse Entsagung aufzuerlegen. Der Kritiker muß seine Subjektivität möglichst zurückdrängen. Die individuelle Neigung für diese oder jene Schulmeinung darf sein Urtheil nicht beeinflussen, falls die Entscheidung der Streitfrage, welche der Entwurf getroffen, dem objektiven Rechtsbewußtsein und den Bedürfnissen des Rechtslebens entspricht. Der Wunsch, einen ihm vorschwebenden Rechtsfall im Gesetze entschieden zu sehen, darf ihn nicht bestimmen, Lücken in dem Gesetze zu entdecken, welche in keiner Codifikation, mag sie noch so kasuistisch sein, unvermeidbar sind. Die gesetzliche Norm kann unmöglich jeden Einzelfall erschöpfen, ja sie soll und darf es sogar nicht. Dieselbe soll den die Rechtsanwendung leitenden Gedanken zum Ausdruck bringen, den leitenden Faden bieten, an welchem die Praxis fortzuspinnen hat. Die Kritik darf nicht vergessen, daß das Ergebniß der Codifikation ein lebendiges, die Bedingungen organischer Forterzeugung und Selbstergänzung in sich tragendes Rechtsgebilde sein soll.

Diesem gesetzgeberischen Zweck kann aber nur eine möglichst wenig kasuistische Gesetzessprache dienen.

Soll aber die Ausdrucksweise des Gesetzgebers keine kasuistische sein, so muß sie doch möglichst konkret sein. Soweit es die Möglichkeit zuläßt, muß das Augenmerk der Kritik auf die Ausmerzung aller überflüssigen Abstraktionen gerichtet sein. Eine allzu abstrakte Gesetzessprache wird für Jahrhunderte das Hinderniß bilden, daß sich die positive Satzung mit dem Rechtsbewußtsein des Volkes verschmilzt und darin einlebt. Gerade der konkreten, faßlichen Sprachweise der Wechselordnung und des Handelsgesetzbuches dürfen wir es zum wesentlichen Theile zuschreiben, daß diese Gesetze so rasch zum Gemeingut der Nation geworden sind. In gleicher Weise dürfte die große Beliebtheit, welcher sich der Code civil bei der unter seiner Herrschaft lebenden Bevölkerung erfreut, zum nicht geringsten Theile auf die so leicht verständliche, kurz gemessene, möglichst konkrete Ausdrucksweise des Gesetzes zurückzuführen sein. Nach einem faßlichen, die Schulbegriffe möglichst vermeidenden Ausdruck zu ringen, dürfte eine wesentliche Aufgabe der Kritik sein.

Eine nicht minder wichtige Aufgabe ersteht derselben aber in der möglichsten Wahrung der Rechtseinheit. Die Frage, ob nicht dem Rechtspartikularismus oder vielmehr dem Individualismus der einzelnen Glieder des Reichs in zu hohem Maße Rechnung getragen ist, ob nicht der Landesgesetzgebung ein zu breiter Raum gegönnt ist, erheischt die sorgfältigste Untersuchung. Das Bedürfniß der Einheit des materiellen Rechtes darf weder allzu ängstlichen Nebenrücksichten noch der Schonung geschichtlicher Ueberlieferungen geopfert werden. So dürfte es beispielsweise recht fragwürdig sein, ob es sich empfiehlt, die Normativbestimmungen bezüglich der Erlangung der juristischen Persönlichkeit dem Landesrecht vorzubehalten, und ob es als besonders zweckmäßig erscheint, neben den gemeinrechtlichen Normen über das Eigenthum die Bestimmungen von vielleicht tausend Statutarrechten über nachbarliche Beschränkungen des Eigenthumsrechts aufrecht zu behalten. Welches Interesse besteht, um ein Beispiel zu erwähnen, die Bestimmungen der Regensburger Wachgedingsordnung in ihrer Geltung zu erhalten, Bestimmungen, welche den nächstbetheiligten Kreisen stets fremd geblieben sind und sich niemals in das Rechtsbewußtsein einzuleben vermochten?

Eine noch sorgfältigere Erwägung bedingen wohl jene Bestimmungen, welche selbst in prinzipiellen einer einheitlichen Regelung dringend bedürftigen Fragen, wie beispielsweise in der Frage der Statthaftigkeit von Immissionen, die Rechtseinheit zu Gunsten der Ortsüblichkeit durchlöchern.

Was alles war nicht ortsüblich und ist es theilweise noch, was nicht den geringsten berechtigten Anspruch auf gesetzliche Duldung erheben kann? Wie lange war es ortsüblich, daß durch die Knochen- und Seifensiedereien des Nachbars die Luft der Wohnräume verpestet wurde; an wie viel Plätzen ist es heute noch ortsüblich, daß der Hauseingang durch einen durch die nachbarliche Jauche gebildeten See unzugänglich gemacht wird!

Ein Gesetzgeber, welcher dem Gewohnheitsrecht die rechtserzeugende Kraft versagt, wird kaum konsequenterweise in Fragen, welche doch zweifellos keine Ermessensfragen, sondern nach festen Rechtsprinzipien zu regeln sind, einem so unbestimmten und elastischen Rechtsbegriff wie der Ortsüblichkeit diese Bedeutung einräumen können.

Keine prinzipielle Reform ist ohne revolutionäre Eingriffe in das geschichtliche Recht denkbar. Das geschichtliche Recht hat aber nicht die geringste Existenzberechtigung da, wo die geschichtlichen Verhältnisse, unter deren Einfluß es entstanden ist, wie beispielsweise bei dem Bau- und Nachbarrecht die der Städtegründung, nicht nur längst beseitigt, sondern selbst dem Gedächtnisse der Lebenden längst entschwunden sind.

Die Rücksichtnahme auf derartige nicht eingelebte, sondern abgestorbene geschichtliche Verhältnisse entspricht nicht den Bedingungen und Forderungen unserer modernen wirthschaftlichen Entwickelung. Sehen wir zu, wie schonungslos und nivellirend die Polizeigewalt vorgeht, mit welch rauher Hand sie im hygienischen und ästhetischen Interesse oft die ehrwürdigsten Denkmale alter Zeit zerstört, in durch tausendjährige Geschichte geheiligte Ueberlieferungen eingreift, dann hat auch gewiß ein Gesetzgeber, welcher durch eine fundamentale Reform ein einheitliches Recht zu schaffen bemüht ist, keinen Grund, sich durch allzu ängstliche Rücksichten der Schonung beengen und beschränken zu lassen.

Vom Reichsgericht.*)

(Schluß.)

Wir berichten über die vom 11. — 31. Mai 1888 ausgefertigten Erkenntnisse.

III. Sonstige Reichsgesetze.

Zu den Reichsstempelgesetzen.

23. Veranlassung des vorliegenden Rechtsstreites sind zwei Rechtsgeschäfte, welche der Bekl. als Anschaffungsgeschäfte im Sinne des Reichsstempelgesetzes vom 29. Mai 1885, Tarifnummer II 4 A, angesehen wissen will, und für die er die solcher Auffassung entsprechende Stempelsteuer von der Kl. eingezogen hat. Die Rückforderungsklage ist in beiden Vorinstanzen für begründet erachtet worden. Ueber das erstere der in Frage stehenden Geschäfte ist folgende Urkunde ausgestellt worden: Josef Stern, Behrenstraße Nr. 59. Berlin, 6. September 1886. Memorandum an den Börsenhandelsverein. Anbei empfangen Sie £ 2 500 Egypt. 4% Anleihe in roth. Cheque 48 408, Mark 30 000 Dortmund-Gronau-Enschede-Eisenbahn in roth. Cheque 48 409 und bitte dagegen um Mark 50 000. Hochachtend ppa. Joseph Stern (2 Unterschriften). Die 50 000 Mark, um welche die Kl. Inhalts des Schriftstücks von der Handlung Joseph Stern ersucht wird, stellen ein Darlehn dar, welches der bezeichneten Handlung von der Kl. gegen Sicherheitsbestellung mit den in der Urkunde angegebenen Werthpapieren bewilligt worden ist. Die Kl. und die Darlehnsempfängerin sind Mitglieder des bei der Bank des Berliner Kassenvereins bestehenden sogenannten Giro-Effekten-Depots. Letzteres ist eine Einrichtung, deren Wesen darin besteht, daß Werthpapiere von den in der Geschäftsordnung für das „Depot" zur Annahme in dasselbe als geeignet bezeichneten Gattungen von den Mitgliedern des Depots „zur Aufbewahrung", wie es in der Geschäftsordnung heißt, „angenommen und zur jederzeitigen Wiederverfügung bereit gehalten werden." Mit der Annahme der Werthpapiere wird aber, sofern dieselben nicht einer Verloosung unterliegen, nicht die Verpflichtung zur Herausgabe der bestimmten übergebenen Stücke begründet. Die übergebenen Stücke werden vielmehr den gleichnamigen Gesammtstücken hinzugefügt, also mit ihnen vermischt. Und der Einlieferer begiebt sich des Rechtes, bestimmte Nummern oder Abschnitte zurückzuverlangen (§ 8 der Geschäftsordnung). Die Bank des Berliner Kassenvereins ertheilt über die in „das Depot" gelieferten Werthpapiere Empfangsbescheinigungen. Der Einlieferer aber ist befugt, über die eingelieferten Werthpapiere ganz oder theilweise mittelst Checks zu verfügen. Er erhält zu diesem Zwecke Checkbücher mit Checkformularen, welche zum Theil auf rothes, zum Theil auf weißes Papier gedruckt sind. Die weißen Checks sind zur Abholung von Werthpapieren seitens dessen, für den sie gutgeschrieben sind, die rothen zur Herbeiführung der Uebertragung von Werthpapieren von dem „Giro-Effekten-Konto" des einen Mitgliedes des Giro-Effekten-Depots auf ein anderes Mitglied desselben bestimmt (§§ 12, 13 der Geschäftsordnung). Der oben bezeichneten Urkunde vom 6. September 1886, in welcher gesagt ist, daß der Börsenhandelsverein anbei £ 2 500 Egypt. 4% Anl. in roth. Check 48 408 und Mark 30 000 Dortmund-Gronau-Enschede-Eisenbahn in roth. Check 48 409 empfange, waren, wie unter den Streittheilen als feststehend anzusehen ist, zwei Checks beigelegt, nach denen die in der Urkunde bezeichneten, auf dem Giro-Effekten-Konto des Handlungshauses Joseph Stern eingetragenen Werthpapiere auf das Konto der Kl. übertragen werden, also fortan zu dessen Verfügung stehen sollten. Der Bekl. gründet seine Behauptung, daß hier ein stempelpflichtiges Anschaffungsgeschäft vorliege, auf die Ansicht, daß das in Frage stehende Geschäft zu den sogenannten uneigentlichen Lombardgeschäften gehöre, und daß die uneigentlichen Lombardgeschäfte unter den Begriff der Anschaffungsgeschäfte zu bringen seien. Der Revision des Bekl. ist mit sehr eingehender Begründung stattgegeben und die Rückforderungsklage abgewiesen. IV. C. S. i. S. Fiscus c. Börsenhandelsverein vom 19. April 1888, Nr. 381/87 IV.

24. Der rechtliche Standpunkt des Vorderrichters wird dem Reichsstempelgesetz vom 3. Juni 1885 nicht gerecht. Es schreibt nämlich der § 7 desselben in Abs. 1, 2 vor, daß bedingte Geschäfte betreffs der Abgabepflicht als unbedingte gelten, daß da, wo einem Kontrahenten ein Wahlrecht oder ein Recht auf Bestimmung des Umfangs der Lieferung eingeräumt ist, die Abgabe nach dem höchstmöglichen Werthe des Geschäftsgegenstandes berechnet, und daß Prolongationsgeschäfte als neue Geschäfte angesehen werden sollen. Der Kommissionsbericht hierzu bemerkt (a. a. O. S. 29 ff.), daß § 7 Abs. 1 den Zeitpunkt entscheide, wann Geschäfte als abgeschlossen zu gelten hätten, falls denselben Nebenbestimmungen beigefügt wären, welche die Erfüllung überhaupt oder dem Umfange nach zweifelhaft machten, und daß hierher einerseits alle irgendwie bedingten, andererseits die alternativen und die sogenannten Nochgeschäfte gehörten. Daraus erhellt die Absicht des Gesetzes, Geschäfte nicht bloß insoweit zu besteuern, als sie unmittelbar auf ein Anschaffungsgeschäft gerichtet sind, sondern auch insoweit, als sie nur erst beim Eintritt besonderer Umstände die rechtliche Konsequenz eines Anschaffungsgeschäfts als gewollt erscheinen lassen. Der letztere Fall trifft nun aber bei Unterkonsortialgeschäften der vorliegenden Art regelmäßig zu. Dieselben tragen vermöge ihres Abschlusses die Rechtsfolge in sich, daß, sofern die Veräußerung der Werthpapiere an Dritte nicht gelingen sollte, der Unterbetheiligte auf Verlangen des anderen Kontrahenten verpflichtet ist, den vorweg bestimmten Antheil an den Werthpapieren zu dem vorweg bestimmten Kurse abzunehmen. Sonach ist bereits durch den Abschluß solcher Geschäfte die Erfüllung auf Seiten des Unterkonsortialen im Endergebniß bedingt dahin geregelt, also doch auch dahin gewollt, daß der Unterbetheiligte gewisse Werthpapiere gegen gewisses Entgeld zum Eigenthum zu erwerben hat. Damit aber sind die Voraussetzungen eines Anschaffungsgeschäfts nach § 6 des Reichsstempelgesetzes gegeben. IV. C. S. i. S. Fiskus c. Diskontogesellschaft vom 14. Mai 1888, Nr. 45/88 IV.

25. Es kann dahin gestellt bleiben, ob überhaupt in der Uebernahme der Anleihe an einen Bundesstaat des Deutschen Reiches (unter Festsetzung eines Emissionskurses) seitens eines unter einem leitenden Hause gebildeten Konsortiums überhaupt ein Anschaffungsgeschäft im Sinne des Tarifs 4 II A 2 des Reichsstempelgesetzes liege. Jedenfalls ist es nicht berechtigt, nachdem der Reichsstempel nach jenem Tarifsatze (berechnet nach dem Emissionskurswerthe) bezüglich der ganzen Anleihe von

*) Nachdruck ohne Angabe der Quelle verboten.

den benannten Mitgliedern des Konsortii bereits eingezogen worden ist, einen Stempeltheilbetrag nochmals, als von Personen geschuldet, einzuziehen, welche bereits vor Stellung der Offerte die Anleihe zu übernehmen und dem entsprechenden Zuschlage, als (nur nach außen nicht benannte) Gesellschafter eines der Uebernehmer der Anleihe, insbesondere des leitenden Hauses, bei dem Emissionsgeschäfte sich betheiligt haben. Bezüglich ihrer liegt keinenfalls ein anderweites unbedingtes oder bedingtes Anschaffungsgeschäft der in jener Bestimmung des Tarifs gekennzeichneten Art vor. Die Auseinandersetzung mit ihrem Gesellschafter ist ebenfalls für sie nicht ein Anschaffungsgeschäft. Der § 7 Abs. 3 des Reichsstempelgesetzes ist (da Gesellschafter n i c h t in einem K o m m i s s i o n s v e r h ä l t n i s s e stehen) in keiner Weise auf einen solchen Fall anwendbar. Der Inhalt der übereinstimmend an die Steuerbehörden der einzelnen Bundesstaaten erlassenen Allgemeinen Anweisung betreffend die Anwendung des Reichsstempelgesetzes enthält keine Rechtsnormen, wenngleich derselbe als Anregung bei Auslegung des Gesetzes dienen kann. Die Anregung, welche in dieser Richtung aus der Bestimmung unter Nummer 10 (adminikulirend auch aus der Bestimmung unter Nummer 4) dieser Anweisung entnommen werden kann, dient lediglich zur Unterstützung obiger Feststellung der gesetzlichen Normen. I. C. S. i. S. Steuerdeputation Hamburg c. Kommerzial- und Diskontobank zu Hamburg vom 28. April 1888, Nr. 78/88 I.

26. In einer am 15. Mai 1886 abgehaltenen Generalversammlung der klagenden Aktiengesellschaft ist der Beschluß gefaßt worden, zum Zwecke der Erweiterung des Geschäftsbetriebes gegen Zahlung von zwanzig vom Hundert des Nennwerthes der Aktien bisherige Stammaktien in Stammprioritätsaktien unter Abänderung der Theilnahmerechte sowohl bei der Vertheilung des Reingewinnes, als auch bei der infolge einer möglichen Auflösung der Gesellschaft zu bewirkenden Vertheilung des Gesellschaftsvermögens umzuwandeln. Die Abänderung der Theilnahmerechte sollte darin bestehen, daß aus dem Reingewinne zuerst fünf vom Hundert auf die neuen Stammprioritätsaktien, sodann vier vom Hundert auf die verbleibenden Stammaktien, der übrige Gewinn auf alle Stammprioritäts- und Stammaktien gleichmäßig vertheilt, und daß bei Auflösung der Gesellschaft zuerst der volle Nennwerth der Stammprioritätsaktien, sodann der volle Nennwerth der Stammaktien zur Zahlung gelangen und das übrige Vermögen auf die Aktien beider Gattungen gleichmäßig vertheilt würde. Das Aktienkapital der Kl. betrug 4 800 000 Mark in 8 000 auf den Inhaber lautenden Aktien zu 600 Mark. Auf Grund jenes Beschlusses sind 6 251 Stammaktien über je 600 Mark in Stammprioritätsaktien umgewandelt worden. Die Umwandlung ist auf den von den Inhabern eingereichten Stammaktien dadurch äußerlich erkennbar gemacht worden, daß jede der umzuwandelnden Aktien mit einem durch farbigen Stempelaufdruck hergestellten und die Firma der Gesellschaft, sowie den Abdruck der Unterschriften des Vorstandes und des Aufsichtsrathes enthaltenden Vermerk, laut dessen die Aktien nunmehr als Stammprioritätsaktien der Gesellschaft gelten, versehen worden ist. Die Steuerbehörde hat angenommen, daß die solchergestalt durch Umwandlung von Stammaktien hergestellten Stammprioritätsaktien dem Tarif zu I 1a des R. Ges., betreffend die Erhebung von Reichsstempelabgaben vom 29. Mai 1885 unterworfen und demgemäß mit einer Stempelabgabe von fünf vom Tausend des Nennwerthes zu versteuern seien. Die Kl. hat die Stempelsteuer gezahlt, jedoch auf Rückzahlung derselben Klage erhoben, weil nur eine Umwandlung von Aktien in Frage stehe, welche von dem die Stempelsteuer für Aktien normirenden Gesetze nicht getroffen werde. Das L. G. hat der Rückforderungsklage stattgegeben, das B. G. jedoch dieselbe abgewiesen. Die Kl. hat gegen die Abweisung des Klageanspruchs Revision eingelegt. Dem Rechtsmittel hat aber der Erfolg versagt werden müssen. Ausführlich begründet. Die Steuerbehörde hat ferner in dem Rechtsvorgange der Umschaffung der Stammaktien in Stammprioritätsaktien gegen Zahlung von zwanzig vom Hundert des Nennwerthes der Aktien Anschaffungsgeschäfte im Sinne des Tarifs zu II 4A des Reichsstempelgesetzes vom 29. Mai 1885 erblickt und die dieser Auffassung entsprechende Steuer von der Kl. erfordert. Die von der Kl. auf Rückzahlung des gezahlten Betrages erhobene Klage ist in beiden Vorinstanzen für begründet erachtet worden. Das B. G. hat das Vorhandensein von Anschaffungsgeschäften darum verneint, weil es sich bei dem fraglichen Rechtsvorgange um die Ausgabe von Aktien Seitens einer Aktiengesellschaft an ihre Aktionäre und nicht um ein hiervon verschiedenes Erwerbsgeschäft gehandelt habe. Das R. G. hat ein Anschaffungsgeschäft als vorhanden angenommen und die Rückforderungsklage abgewiesen; ebenfalls ausführlich begründet. IV. C. S. i. S. Braunschweigische Kohlenwerke c. Fiskus vom 11. April 1888, Nr. 389/87 IV.

IV. **Das Gemeine Recht.**

27. Die Ehescheidung wegen böslicher Verlassung setzt, wie von dem R. G. bereits wiederholt erkannt worden, gemeinrechtlich nur voraus, daß der Desertor an einen unbekannten oder doch dem Gerichte unerreichbaren Ort sich begeben hat und sich b e h a r r l i c h von dem anderen Ehegatten fernhält, unter Umständen, welche erkennen lassen, daß er eine Wiederherstellung des ehelichen Lebens nicht will. III. C. S. i. S. Niebuhr c. Niebuhr vom 20. April 1888, Nr. 320/88 III.

28. Das B. G. geht davon aus, daß nach den über die Erziehung der Kinder im Falle der Ehescheidung geltenden allgemeinen Rechtsgrundsätzen und unter den konkreten thatsächlichen Verhältnissen der Knabe X. ohne Weiteres seiner Mutter, der Bekl. und Widerklägerin, zur Erziehung zu überlassen sein würde, es erkennt aber trotzdem zu Gunsten des Klagantrages, unter Abweisung der Widerklage, weil dem zwischen den Parteien über die Erziehung des Kindes abgeschlossenen Vertrage, nach welchem diese dem Vater, dem Kl. und Widerbeklagten, dauernd überlassen worden, eine jenes Resultat abändernde Bedeutung beizulegen sei, ohne auf die Behauptung der Bekl., daß der Kl. nach seinen persönlichen und häuslichen Verhältnissen nicht in der Lage sei, dem noch im zarten Alter befindlichen Kinde die erforderliche Pflege und Erziehung zu gewähren, die Interessen des Kindes vielmehr gefährdert seien, einzugehen. Die Rkl. rügt mit Recht, daß das B. G. bei dieser Entscheidung dem zwischen den Parteien über die Erziehung ihres Kindes abgeschlossenen Vergleiche eine Bedeutung beigelegt habe, welche demselben nach den in Betracht kommenden Rechtsnormen nicht beizumessen ist. Wenn auch ein solcher über die Erziehung der Kinder z w i s c h e n d e n E h e l e u t e n abgeschlossener Vertrag nicht als gegen die

guten Sitten verstoßend, als ungültig angesehen werden kann (Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. X S. 113 ff.), so kann doch einem solchen Vertrage mit Rücksicht auf das aus dem älterlichen Verhältnisse fließende Erziehungsrecht und die Erziehungspflicht, sowie mit Rücksicht auf die vor allem zu berücksichtigenden Interessen des Kindes selbst, keine unbedingt bindende Wirkung beigelegt werden, es können vielmehr die zwischen den gewesenen Ehegatten getroffenen Vereinbarungen nur unter der aus der Natur des Verhältnisses sich ergebenden Bedingung Geltung haben, daß der Ehegatte, welchem die Erziehung des Kindes vertragsmäßig überlassen ist, seiner Pflicht zur Erziehung zum Wohle des Kindes genügt; es ist dem andern Ehegatten der Einwand zu gewähren, daß nach den von ihm anzugebenden und eventuell nachzuweisenden Thatsachen anzunehmen sei, daß die Erziehung und Pflege des Kindes gefährdet sein werden, falls dieselbe jenem überlassen würde. Das B.G. hätte daher auf die Behauptungen der Bekl. und Widerkl., daß der Kl. dem Kinde die erforderliche Erziehung und Pflege nicht zu Theil werden lassen werde und dazu nach Lage der Verhältnisse und seiner Persönlichkeit nicht im Stande sei, daß also die Interessen des Kindes, wenn es dem Vater dem Vertrage entsprechend überlassen werde, gefährdet erscheinen, eingehen und falls sie für thatsächlich begründet sich darstellen sollten, unter Zurückweisung der Klage, nach dem Antrage der Widerklage erkennen müssen. III. C. S. i. S. Schotte c. Schotte vom 4. Mai 1888, Nr. 63/88 III.

29. Der B. R. geht allerdings zu weit, wenn er als Rechtsgrundsatz aufstellt, daß nach den Gesetzen Jeder, welcher durch eine Anlage auf einem öffentlichen Orte in dessen Gebrauch gehindert und dadurch beeinträchtigt werde, eine Klage auf Unterlassung der Anlage habe. Denn immerhin wird nach heutiger Rechtsanschauung, wenngleich kein besonderes Privatrecht des Kl. doch ein bestimmtes Interesse desselben an der freien Benutzung des öffentlichen Ortes oder Weges zur Klagebegründung erfordert. Auf ein solches Interesse haben sich aber auch die Kl. berufen, indem sie — ohne Widerspruch der Bekl. — geltend machten, daß sie im Dienste der Besitzer des in der Nähe des streitigen Weges belegenen Bergwerkes die dort gewonnenen Erze abgefahren hätten und durch die Benutzung dieses Weges rascher zu ihrem Ziele gelangten, als wenn sie den Transport nach und auf der in größerer Entfernung angelegten Staatsstraße bewerkstelligten. Das Interdikt wegen Verletzung der gesetzlichen Vorschriften über den Gebrauch öffentlicher Sachen steht den interessirten Personen nicht blos dann zu, wenn auf dem öffentlichen Grundstücke eine besondere Vorrichtung zum Nachtheile eines Andern getroffen worden ist, sondern überhaupt wegen jeder Behinderung in dem Gebrauche eines öffentlichen Weges. Eine solche widerrechtliche Störung liegt schon in dem ergangenen forstamtlichen Verbote der Benutzung des streitigen Weges, ein Verbot, für welches die beklagte Gemeinde, da sie dasselbe durch einen Gemeinderathsbeschluß hervorgerufen hat, mit Recht für haftbar erklärt worden ist. Daß die Störung des öffentlichen Gebrauchsrechts unter Anwendung physischer Gewalt erfolgt sei, ist keine Voraussetzung dieses Klageanspruchs. III. C. S. i. S. Gemeinde Pfaffenbeerfurth c. Hartmann vom 6. April 1888, Nr. 329/87 III.

30. Den Thatbestand des widerrechtlichen Zwangs findet der Bekl. u. A. darin, daß die Kl. damit gedroht habe, sie werde das Kind seiner, des Bekl., Frau senden, sich vor dessen Laden stellen und ihn öffentlich als ihren Schwängerer bezeichnen. Unter dem Eindrucke der Furcht vor Zuchthaus, Familien-, Vermögens- und Ehrenruin, der ihm in solcher Weise vor Augen geführt worden sei, habe er sich, so führt Bekl. aus, zur Ausstellung des Schuldscheins vom 2. Juni 1885 verstanden. Die Vorinstanzen haben den Einwand des Zwangs verworfen. Das R. G. hält die Behauptungen für erheblich. Es sagt: daß die Drohung selber eine rechtswidrige, die Kl. nicht befugt war, dem Bekl. die angeführten Uebel zur Erzwingung des geleisteten Zahlungsversprechens in Aussicht zu stellen, ist zweifellos. Die bei dem Bekl. erzeugte Furcht war aber auch, wenn sie überhaupt auf jene Drohung zurückzuführen ist, der Natur der Sache nach, eine gegründete. Es bedarf daher im vorliegenden Falle keiner Entscheidung der Frage, ob nach heutigem Rechte zur Anfechtung eines Rechtsgeschäfts wegen widerrechtlichen Zwangs noch vorausgesetzt wird, daß die Drohung nach ihrem Inhalt geeignet war, auch einen besonnenen, charakterfesten Mann zur Vornahme der Handlung zu bestimmen, und ob die bloße Bedrohung des guten Rufs des Anfechtenden zur Begründung der Einrede und des Wiederherstellungsanspruchs zureicht. Denn, was letzteres angeht, so stützt sich Bekl. nicht bloß auf den Verlust seines guten Rufs, sondern zugleich auf die Zerstörung seines Familienglücks und die Beeinträchtigung seiner Existenz, und dies sind Uebel, welche offensichtlich als nicht unbedeutende erscheinen. Daß Bekl. durch sein eigenes Verhalten gegen die Kl., insbesondere durch die von den Vorinstanzen für erwiesen erachtete Ausübung des Beischlafs mit derselben die Besorgnisse für seine Ehre, seine Stellung und sein Familienglück im letzteren Grunde hervorgerufen hat, beseitigt keineswegs die Widerrechtlichkeit und damit die rechtlichen Folgen der etwa stattgehabten Drohung. III. C. S. i. S. Meyerhoff c. Seldis vom 10. April 1888, Nr. 296/87 III.

31. Es bestand ein Vertragsverhältniß zwischen N. und dem Bekl., welches unerlaubte Handlungen zum Gegenstande hatte. Dieser Charakter erfährt dadurch keine Beeinträchtigung, daß das Verhältniß unter den Parteien in Verkauf und Kauf bestand und der Betrug gegen Dritte beabsichtigt war. Ein solches Verhältniß vermag nicht bloß nach Preußischem Landrecht, sondern auch nach gemeinem Recht kein Forderungsrecht auf die versprochene Leistung zu begründen (vergl. l. 26 D. 45, 1, l. 27 pr., 34 § 1 eod., l. 4 Cod. 8, 39, l. 15 D. 28, 7). I. C. S. i. S. Müller Konk. c. Pohle vom 7. März 1888, Nr. 5/88 I.

32. Das B. G. irrt rechtlich zunächst darin, wenn es Gewicht darauf legt, daß der Kaufpreis des Mehles zur Zeit der Bestellung noch nicht festgestanden habe. Denn es stellt selbst fest, nach der Uebereinkunft der Kontrahenten habe der Marktpreis (in Frankfurt a./M.) zur Zeit der Abnahme entscheidend sein sollen, und in dieser Weise konnte der Kaufpreis sehr wohl bestimmt werden (vergl. Art. 353 des H. G. B.). Sie widerspricht nicht im Mindesten der Annahme eines festen Verkaufes. Dasselbe gilt von dem Umstande, daß die Zeit der Abnahme nach der Feststellung des B. G. noch nicht genau feststand. Denn diese richtete sich für die abzunehmenden kleineren Quantitäten der ganzen Waggonladung von 100 Sack,

wie das B. G. selbst annimmt, nach dem von dem betreffenden Bäcker für die nächste Zeit aufzugebenden Bedarf desselben und dadurch war ein genügender Anhalt geboten, um objektiv die betreffenden Zeitpunkte in einer solchen Weise zu ermitteln, daß von einem willkürlichen Hinausgehen der Annahme auf ganz unbestimmte Zeit nicht die Rede sein kann (vergl. auch Art. 278 und 279 des H. G. B.). Ebensowenig folgt allein daraus, daß der Verkäufer, welcher sich Bürgschaft hat leisten lassen und welcher nur bis zu einer bestimmten Summe durch Bürgschaft gesichert ist, nicht eher weitere Lieferungen macht und zu machen verpflichtet ist, bis der Käufer auf die früheren Lieferungen entsprechende Zahlungen geleistet hat, daß ein noch nicht perfektes Geschäft vorliegt. So wird es vielmehr ein nur gegen Bürgschaft in begrenzter Höhe Verkaufender vernünftiger Weise immer halten und mit Recht beruft sich die Revision auch auf Art. 342 Abs. 3 und Art. 354 des H. G. B., nach deren Bestimmungen auch bei einem perfekten Kaufe kein unbegrenzter Kredit gegeben zu werden braucht. Ueberdies handelte es sich nach der Feststellung des B. G. nicht etwa um eine neue Bezugsweise, sondern es war schon seit 1883 zwischen den Kontrahenten stets in gleicher Weise gehalten worden. Nicht allein hierdurch war für den Betrag der vorgängigen Abschlagszahlungen, welche der Bekl. fordern durfte, ein objektiver Maßstab gegeben, sondern auch abgesehen davon würde es auf Verletzung von Auslegungsregeln beruhen, wenn man die Befugniß des Bekl., die Anweisung der zu verabfolgenden kleineren Quantitäten von vorab zu leistenden Abschlagszahlungen auf ältere Lieferungen abhängig zu machen, in dem Sinne verstehen wollte, daß der Bekl. hierbei ganz willkürlich verfahren könne. Vielmehr ist anzunehmen, daß auch hierin das vernünftige, billige Ermessen hat maßgebend sein sollen. I. C. S. i. S. Obenland c. Schwind vom 21. April 1888, Nr. 410/87 I.

V. Das Preußische Allgemeine Landrecht.

33. Der B. R. wendet mit Recht auf die also von ihm ausgelegte letztwillige Verfügung die §§ 9 und 136 Thl. I Tit. 4 und den § 63 Thl. I Tit. 12 des A. L. R. an, daß nämlich, weil Gewissensfreiheit durch keine Willenserklärung eingeschränkt (§ 9) und das, was selbst kein Gegenstand einer Willenserklärung sein, auch Niemand als eine Bedingung auferlegt werden könne (§ 136), die in jener letztwilligen Verfügung den Legataren auferlegte Bedingung betreffend die Beibehaltung der katholischen Religion für nicht beigefügt zu erachten sei (§ 63). In diesem Sinne ist die im gemeinem Recht streitige Frage für das Preußische Recht bestimmt entschieden. Schon die Kabinetsordre vom 4. November 1786 (v. Rabe, Sammlung Preußischer Gesetze Bd. I Abth. 7 S. 530) setzte fest, daß die in letztwilligen Verordnungen mit Zuwendung einer Erbschaft, eines Vermächtnisses oder eines anderen Vortheils verbundene Bedingung, bei der jüdischen Religion zu beharren oder nicht zur christlichen Religion überzugehen, für nicht geschrieben und unverbindlich zu erachten. Auch die Redaktoren des Pr. A. L. R. gingen, wie die Entstehungsgeschichte des § 9 Thl. I Tit. 4 des A. L. R. ergiebt (Bornemann, System. Darstellung des Preußischen Civilrechts 2. Aufl. Bd. I S. 112 f. und Gesetzrevision Pensum XIV zum § 9 Thl. 1 Tit. 4 des A. L. R. S. 17 f.) von der Ansicht aus, daß die einer Willenserklärung beigefügte Bedingung, seine Religion zu ändern oder beizubehalten, unerlaubt sei, und gaben dieser Ansicht durch Abfassung der oben genannten gesetzlichen Vorschriften Ausdruck. Svarez äußerte sich dahin: „Es ist ein von allen Seiten her zugegebener Satz, daß Gewissensfreiheit durch keine Verträge eingeschränkt werden könne. Daraus folgt unmittelbar, daß sich Niemand durch Verträge zur Annehmung oder Beibehaltung einer Religion verpflichten könne. Oben im Titel von Willenserklärungen ist der Grundsatz angenommen: Alles, wozu sich Jemand nach den Gesetzen nicht verpflichten darf, kann einer Willenserklärung als Bedingung nicht beigefügt werden. Ist dieser Satz richtig, so folgt weiter, daß die conditio deretinenda ebenso wie de mutanda religinne pro impossibili zu achten sei. Ob eine solche conditio impossibilis die Willenserklärung vitiire oder ob sie pro non adjecta geachtet werde, ist oben im Generaltitel zur näheren Bestimmung nach den verschiedenen Arten der Willenserklärungen ausgesetzt. Nach der bisherigen Theorie macht conditio impossibilis den Kontrakt, welchem sie beigefügt worden, null; in ultimis voluntatibus wird sie pro non adjecta erachtet." Aehnlich drückt sich Klein bei dem Titel von letztwilligen Verfügungen aus, indem er sagt: „Nur die Beweggründe sind es, welche die Beibehaltung oder Veränderung der Religion löblich oder schändlich machen. Ich begreife nicht, warum es nur schändlich sein soll, die Religion aus Eigennutz zu verändern, und warum der nämliche Vorwurf nicht auch den treffe, der die Religion, in welcher er erzogen ist, aus Eigennutz heuchelt; . . ich finde es niederträchtig, Geldes wegen die Religion zu heucheln oder zu verleugnen." Daß der Ansicht der Redaktoren entsprechend die einschlägigen Bestimmungen des A. L. R. zu verstehen sind, bestätigt die Kabinetsordre vom 12. Juni 1804 (Amelang's neues Archiv Bd. 4 S. 86). Dieselbe lehnte nämlich auf einen in einem Spezialfalle seitens der Nutzungsberechtigten gestellten Antrag es ab, darüber eine allgemeine Entscheidung zu treffen, ob ein Nutznießer oder Anwärter des Fideikommisses, wenn er zur christlichen Religion übergehe, dieserhalb vom Fideikommisse ausgeschlossen werden könne, oder ob ihm die Nutzung und Anwartschaft des Fideikommisses dennoch nach wie vor gelassen werden müsse; „es bedarf", so heißt es wörtlich, „der erbetenen Entscheidung um deshalb nicht, weil die Frage, welche dadurch außer Streit gesetzt werden soll, bereits durch die Landesgesetze klar und deutlich entschieden ist. Ich genehmige daher nicht nur, daß Ihr den X X dahin bescheidet, daß, da der in Frage seiende Fall in den Gesetzen zum Vortheil seiner Konstituenten bestimmt entschieden sei, es der Abfassung und Promulgation des speziellen diese Frage für seine Konstituenten entscheidenden Gesetzes nicht bedürfe, sondern trage Euch auch auf, den betreffenden Gerichtshöfen, um sich künftig in vorkommenden Fällen darnach zu achten, davon Kenntniß zu geben. Die Lehrbücher des Preußischen Rechts (Bornemann a. a. O. Seite 114; Heydemann, Einleitung 2. Aufl. Bd. 1 S. 163; Dernburg Bd. 1 (4. Aufl.) S. 171 Note 5, Bd. 3 (3. Aufl.) S. 374; Förster-Eccius 5. Aufl. Bd. 1 S. 170 Note 13) stimmen daher darin überein, daß nach dem A. L. R. die Verbindung von Vortheilen mit der Pflicht zur Aenderung oder Nichtänderung der Religion in der Regel als unsittlich gelten müsse. Zu einer von der Regel

abweichenden Beurtheilung giebt der vorliegende Fall keinen Anlaß. Denn nach der Auslegung des B. R. verlangt die fragliche letztwillige Anordnung nicht als eine der Erblasserin genehme thatsächliche Voraussetzung den Bestand des katholischen Bekenntnisses auf Seiten der Bedachten, sondern läßt die Absicht der Beeinflussung und der Bedrückung der Gewissensfreiheit deutlich erkennen. IV. C. S. i. S. Graf Strachwitz c. Strachwitz vom 24. April 1888, Nr. 21/88 IV.

34. Was die Anwendung des § 75 Thl. I Tit. 4 des A. L. R. anlangt, so bestand bei dem Abschluß des Versicherungsvertrages das Wesentliche des Geschäfts und der Hauptgegenstand der Willenserklärung in dem Beitritt zu einer Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit. Darin haben die Beklagten sich nicht geirrt; vielmehr haben sie von der rechtlichen Bedeutung dieses Rechtsgeschäfts Kenntniß gehabt. Allerdings ist die Voraussetzung, von welcher sie bei dem Beitritt ausgegangen sind, daß die Kl. in den Vorjahren Nachschußprämien nicht erhoben, eine irrige gewesen, und hat diese irrige Voraussetzung sie zum Beitritt bestimmt. Indessen können die Ausführungen der Rbkl., daß deshalb und wegen des Irrthums über den Sicherheitsfonds ein Irrthum in dem Hauptgegenstand der Willenserklärung vorliege, nicht als richtig angesehen werden. Gegenstand der Willenserklärung ist, wie bemerkt, nur der Beitritt zu einer Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit gewesen. Wenn der Irrthum über den Betrag der früher eingezogenen Nachschußprämien und über die Höhe des Sicherheitsfonds auch für den Entschluß der Bekl., die Versicherungsanträge zu stellen, von Bedeutung gewesen ist, so handelt es sich insoweit doch nur um einen Irrthum im Beweggrund. Es ist bei der Willenserklärung der Bekl. eine gewisse Begebenheit oder Thatsache als eine solche, die schon geschehen ist, vorausgesetzt (§ 145 Thl. I Tit. 4 des A. L. R.). VI. C. S. i. S. Union c. Revilius vom 3. Mai 1888, Nr. 62/88 VI.

35. Der B. R. hat den § 71 Tit. 5 Thl. I des A. L. R. verletzt, welcher lautet: Verträge, deren Gegenstand sich gar nicht bestimmen läßt, oder deren Bestimmung oder Erfüllung der Willkür des Verpflichteten lediglich überlassen ist. . . . . Denn wenn auch der gedachte Paragraph nicht ausschließt, daß der Umfang der Verpflichtung dem billigen Ermessen des Verpflichteten überlassen werden kann (vergl. Reichsgerichts-Entscheidungen Bd. VIII S. 230), so muß doch dieses Ermessen ein „billiges“ sein, d. h. es muß den beiderseitigen durch die Vertragsschließung verfolgten Interessen Rechnung tragen, und muß in dieser Beziehung auch kontrolirbar sein. Das ist aber hier nicht der Fall, weil eben die Größe der Parzellen, welche die Kl. von 3 zu 3 Jahren gegen eine pro Ar festgesetzte Vergütung erwerben soll, weder durch Gutachten von Sachverständigen, noch auch durch richterliches Ermessen sich bestimmen läßt, mithin der Umfang der fortschreitenden Vertragserfüllung von Seiten der Kl. lediglich in deren Willkür gestellt ist. Diese objektive Unbestimmbarkeit des Vertragsinhalts in einem wesentlichen Punkte, welche der Willkür des Verpflichteten freien Spielraum gewährt, ist es, welche nach § 71 a. a. O. den Vertrag unverbindlich macht. V. C. S. i. S. v. Biela c. Becker u. Schultze vom 5. Mai 1888, Nr. 54/88 V.

36. Parteien streiten darüber, ob die gemeinschaftliche Erwerbung und Bebauung des fraglichen Grundstücks unbedingt, oder unter der Suspensivbedingung: falls Kl. das ganze Baukapital zu einem der beiden projektirten Häuserbauten hergeben werde, vereinbart worden sei. Nun besteht heutigen Tags darüber kein Zweifel, daß die Gegenbehauptung: der vom Kl. behauptete Vertrag sei unter einer Suspensivbedingung geschlossen, eine (motivirte) Verneinung der Klagbehauptung enthält und den sich auf die Abschließung eines unbedingten Vertrages berufenden Kl. zum Beweise nöthigt. Der Beweis ist dahin zu führen, daß der Vertrag so geschlossen sei, wie Kl. behaupte, das heißt unbedingt; der Kl. braucht zwar nicht von vornherein den Gegenbeweis gegen die besondere vom Bekl. geltend gemachte Bedingung zu übernehmen, aber er muß einen Vertragsschluß nachweisen, der für den von ihm daraus abgeleiteten Anspruch schlüssig ist, und dies ist — gegenüber der leugnenden Darstellung des Bekl. — nur der Fall, wenn der Anspruch nicht suspensiv bedingt ist. Daher muß, wenn der Beweis durch Eideszuschiebung geführt werden soll, die Eidesformel, wenn sie nicht geradezu die Unbedingtheit ausdrückt, so doch ersichtlich machen, daß der Vertrag so geschlossen ist, daß daraus der streitige Anspruch entstanden ist. Im vorliegenden Fall handelt es sich nun zwar nicht um einen Schiedseid, sondern um einen richterlichen Eid, bei welchem das richterliche Ermessen insofern einen freieren Spielraum hat, als der Richter zu bestimmen hat, von der Beeidigung welcher streitigen Thatsache seine Ueberzeugung abhängig ist (§ 487 der C. P. O., vergl. Motive, nordd. Protokolle II S. 1080), so daß er unter Umständen auch eine nur unmittelbar erhebliche Thatsache zum Eide verstellen kann. Immer aber muß die zu beeidigende Thatsache nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift und, wie sich auch aus der Natur der Sache ergiebt, noch streitig sein, und gegen diese Vorschrift, in Verbindung mit den oben erörterten Regeln über die Beweislast, hat der B. R. gefehlt, wenn er in Uebereinstimmung mit dem ersten Richter die Entscheidung darüber, ob der Vertrag so wie der Kl. behauptet, das heißt unbedingt, oder unter einer vom Bekl. behaupteten Suspensivbedingung abgeschlossen sei, von einer Eidesleistung des Kl. folgenden Inhalts abhängig macht: „Ich schwöre, daß ich im Jahre 1880 mit dem Bekl. mündlich übereingekommen bin, das (näher bezeichnete) Grundstück auf gemeinschaftlichen Gewinn und Verlust zu kaufen und zu bebauen.“ Denn diese Formulirung bringt die vom Kl. zu beweisende Unbedingtheit des Vertragsschlusses nicht zum Ausdruck und umfaßt deshalb auch nicht eine unter den Parteien streitige, sondern die unstreitige Thatsache, daß eine gemeinschaftliche Erwerbung und Bebauung des fraglichen Grundstücks vereinbart sei, wobei es aber dahin gestellt bleibt, ob die Vereinbarung unbedingt oder bedingt abgeschlossen sei, so daß der Kl. durch eine Ableistung des Eides nicht zugleich den unbedingten Abschluß der Vereinbarung auf seinen Eid nimmt. V. C. S. i. S. Abraham c. Lewin vom 2. Mai 1888, Nr. 51/88 V.

37. Daß bei einem Vertrage zu Gunsten eines Dritten derjenige, der sich die Leistung an den Dritten versprechen läßt, auch ohne ein eigenes selbstständiges Interesse an der Leistung ein Klagerecht gegen den, der sich zur Leistung verbindlich gemacht, hat, ist in der Preußischen Rechtsprechung (Präjudiz des Ober-Tribunals 1571, Entscheidungen Bd. 12 S. 150) gegen Koch (Anmerkung 77 zu § 74, Anmerkung 79 zu § 75 Thl. I

Tit. 5 A. L. R.) angenommen worden. Und diese Rechtsansicht hat seitdem in der Rechtsprechung Geltung behalten. Es liegt kein Grund vor, jetzt von ihr abzugehen. Zu vergl. auch Dernburg, Privatrecht, Bd. 2 § 19; Förster-Eccius Bd. 1 § 75. IV. C. S. i. S. Hannusch c. Nattke vom 24. April 1888, Nr. 22/88 IV.

38. Das nach § 26 Thl. I Tit. 6 des A. L. R. erforderliche Verschulden braucht nicht in einem groben Versehen zu bestehen, sondern kann sich ebensowohl nur als ein mäßiges oder geringes Versehen darstellen. Aber auch in dem letztern Falle haftet der Schuldige (bei geringem Versehen, soweit er solches überhaupt zu vertreten hat) für allen Schaden, welcher durch die Beobachtung des Gesetzes hätte vermieden werden können, ebenso, als wenn derselbe aus seiner Handlung unmittelbar entstanden wäre, mithin selbst ohne Rücksicht auf konkurrirendes grobes Versehen des Beschädigten, indem der § 20 a. a. O. hier unanwendbar erscheint. VI. C. S. i. S. Kienitz c. Richter vom 30. April 1888, Nr. 61/88 VI.

39. Der B. R. verkennt nicht, daß ein die Kl. zur Anstellung der Eigenthumsfreiheitsklage berechtigender Eingriff des Bekl. in ihr Eigenthum an sich vorliegt, sobald der Bekl. die Schleuse in einer Weise benutzt, daß in Folge derselben das Wasser, die Ränder des zu seiner Fortleitung bestimmten Grabens übersteigend, auf das Grundstück der Kl. austritt. Rechtsirrthümlich ist aber die Ansicht des B. R., daß der Kl. der Anspruch auf Rechtsschutz gegen einen derartigen Eingriff in ihr Eigenthum nur unter der Bedingung zustehe, daß sie es nicht ihrerseits verabsäume, ihr Grundstück in einen „ordnungsmäßigen" Zustand zu versetzen. Darunter versteht der B. R., daß sie die bestehenden Hindernisse des Wasserabflusses zunächst ihrerseits durch Auskrautung der Gräben (auf ihrem Grundstücke) nicht allein, sondern auch durch Herstellung einer gehörigen Vorfluth beseitigen und die Gräben durch Tieferlegung ihrer Sohle und Erhöhung ihrer Borde zur Aufnahme größerer Wassermengen geeignet machen müsse. Allein eine Verpflichtung der Kl. besteht dem Bekl. gegenüber nur insoweit, als sie den bestehenden Graben, durch welchen, wie offenbar von den Parteien wie vom B. R. stillschweigend angenommen ist, das Wasser seinen ordentlichen und gewöhnlichen Ablauf hat, nach der Regel des § 100 Thl. I Tit. 8 A. L. R., von welcher eine Ausnahme nicht behauptet worden ist, innerhalb ihres Grundstücks unterhalten, d. h. in seiner bisherigen Breite und Tiefe erhalten muß. Nicht aber besteht eine Verpflichtung der Kl., ihrem Grundstücke, um das Wasser, das der Bekl. ihr zuleitet, unschädlich zu machen, verbesserte Entwässerungsgelegenheit durch die unterhalb liegenden Grundstücke hindurch bis zum Flusse zu verschaffen, was, sofern der bestehende Graben nicht ausreicht, nach den Vorschriften, auf welche der B. R. sie hinweist, (§§ 103 ff. Thl. I Tit. 8 A. L. R. und Vorfluth-Edikt vom 15. November 1811) nur auf ihre Kosten würde geschehen können, und ebensowenig braucht die Kl. auf ihrem Grundstücke über die Unterhaltung des bestehenden Grabens hinaus Anstalten zu treffen, welche im Interesse des Bekl. den Graben zur Aufnahme größerer Wassermengen geeignet machen würden, als da sind: die Tieferlegung der Grabensohle und die Erhöhung der Grabenborde. Zu letzteren Anlagen würde sie selbst dann nicht anders als gegen Entschädigung angehalten werden können, wenn die Anlagen zur Gewinnung der Vorfluth (d. h. zur Fortschaffung des wild ablaufenden Wassers, A. L. R. Thl. I Tit. 8 §§ 102, 103) oder zur Entwässerung des Grundstücks des Bekl. erforderlich wären. Zum Zwecke der Förderung einer Bewässerungsanlage, um die es sich vorliegend handelt, kann nach Lage der Gesetzgebung der Bekl. derartige Einrichtungen auf dem Grundstück der Kl. und der übrigen unterliegenden Besitzer nicht einmal gegen Entschädigung beanspruchen, und es ist also um so weniger von der Kl. zu verlangen, daß sie, um Benachtheiligungen, die die Bewässerungsanlage des Bekl. ihr verursachen könnten, abzuwenden, solche Einrichtungen auf ihre Kosten herstelle. Daß sie dies unterlassen hat, kann folglich auch nicht, wie es der B. R. thut, als ihre Schuld bezeichnet, ein Einwand gegen ihre Klage kann nicht daraus hergeleitet werden. V. C. S. i. S. v. Winning c. Schmidt vom 14. April 1888, Nr. 32/88 V.

40. Das Gesetz unterscheidet hinsichtlich der Verpflichtung des Erben zur Vorlegung des Inventars nicht zwischen dem Fiduziarerben und dem uneingeschränkten Erben. Im Gegentheil erscheint nach demselben eine Unterscheidung, wie sie die Revision unterstellt, ausgeschlossen. Denn die Vorschriften der §§ 420 flg. des A. L. R. bezwecken die Sicherung der Erbschaftsgläubiger und Legatare. Um sie vor Benachtheiligung durch Verdunkelung der Masse zu schützen, soll der Nachlaß durch gerichtliche Niederlegung eines Inventars bald nach dem Erbanfalle binnen einer bestimmt bemessenen Frist festgestellt werden. Wie aber dieser Zweck erreicht werden soll durch Erfüllung der Pflichten, welche das Gesetz dem Fiduziarerben gegen den fideikommissarischen Erben auferlegt, ist nicht ersichtlich, zumal das Interesse des Fiduziars und des Fideikommissars hinsichtlich der Feststellung der Nachlaßmasse den Erbschaftsgläubigern und Vermächtnißnehmern gegenüber kein getheiltes ist. Es ist daher davon auszugehen, daß der Fiduziarerbe (welcher wirklicher Erbe ist und als solcher die Erbschaft gegen die Gläubiger und Legatare zu vertreten hat), ebenso wie der uneingeschränkte Erbe, zur gehörigen Legung des Inventars verbunden ist und wenn er dieser Verbindlichkeit nicht nachkommt, wie der letztere, für die Nachlaßschulden und Vermächtnisse auch über den Bestand der Masse hinaus mit seinem eigenen Vermögen haftet (§§ 418, 419, 427 Thl. I Tit. 9 des A. L. R.). Und diese, auf einem selbstständigen Rechtsgrunde beruhende, persönliche Verpflichtung wird durch den Eintritt des Substitutionsfalles nicht aufgehoben, indem es ihr gegenüber unerheblich erscheint, daß alsdann der fideikommissarische Erbe den Gläubigern und Legataren mit dem Nachlasse und, wenn auch von seiner Seite die Vorlegung eines Inventars verabsäumt worden, mit dem eigenen Vermögen mitverhaftet ist (zu vergl. Dernburg, Preußisches Privatrecht Bd. III § 158 S. 456; Bornemann, System, Bd. VI S. 104). Die von der Revision in Bezug genommenen Urtheile des R. G. i. S. Reinicke c. Frentzel IV. 358/82 und 207/86 vom 19. Oktober 1882 und vom 20. Dezember 1886 betreffen keinen dem vorliegenden entsprechenden Rechtsfall. IV. C. S. i. S. Kammernick c. v. Wawrowski vom 12. Mai 1888, Nr. 378/87 IV.

41. Der B. R. befindet sich im Einklang mit der Entscheidung des R. G. Bd. VIII S. 206, wenn er annimmt, daß der Eigenthümer (in einer Zwangsversteigerung) mitverkaufter fremder Mobilien nicht einen dem vollen Werth derselben ent-

sprechenden Theil des Kaufgeldes beanspruchen kann, daß vielmehr nur der erweislich für sein Eigenthum gebotene Preis an die Stelle desselben tritt, und daß den Eigenthümer die Beweislast trifft. V. C. S. i. S. Salomon c. Meißner u. Comp. vom 5. Mai 1888, Nr. 57/88 V.

42. Nach § 328 Thl. I Tit. 14 des A. L. R. fällt dem Gläubiger, der bei Verfolgung der Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ein grobes Versehen begangen hat, der daraus entstehende Schade zur Last. Im vorliegenden Falle war dem Gläubiger zur Sicherheit für die Forderung an den Hauptschuldner von letzterem eine Hypothek bestellt. Der Gläubiger war also nach den §§ 45, 46 Thl. I Tit. 20 des A. L. R. in erster Reihe darauf angewiesen, aus dem zur Hypothek eingesetzten Grundstücke seine Befriedigung zu suchen. Der Zwangsvollstreckung in das übrige Vermögen des Schuldners, also auch in die beiden zum Gegenstande des Arrestes gemachten Grundstücke Fol. 25 Nr. 97 und Fol. 35 Nr. 851/146 würde der Schuldner die Bestimmung im § 46 Thl. I Tit. 20 des A. L. R. so lange entgegenzusetzen in der Lage gewesen sein, als das Pfandgrundstück, der Schützenhof, im Vermögen des Schuldners sich befand, noch nicht zum Zwangsverkauf mit dem Ergebnisse des Ausfalls der Hypothek gebracht war und der Gläubiger sein Hypothekenrecht an dem Grundstücke nicht aufgab. Bei dieser Sachlage würde der Kl. eines Versehens im Sinne des § 328 Thl. I Tit. 14 des A. L. R. sich nicht schuldig gemacht haben, wenn er den Versuch, die beiden Grundstücke Fol. 25 Nr. 97 und Fol. 35 Nr. 851/146 mittelst des von ihm gestellten Arrestantrages zu Gegenständen seiner dereinstigen Befriedigung zu machen, überall unterlassen hätte. Die Anbringung des fraglichen Arrestgesuchs gehört nicht zu den Maßregeln, die dem Gläubiger nach § 328 Thl. I Tit. 14 des A. L. R. oblagen, um sich den Anspruch gegen den Bürgen zu erhalten. Wenn der Gläubiger auch noch jene beiden Grundstücke als Gegenstände dereinstiger Zwangsvollstreckung festzulegen sich bemühte, so mag er dies gethan haben, um neben der Sicherheit, die ihm die Hypothekbestellung und die Bürgschaftsübernahme Seitens des Bekl. und der Mitbürgen gaben, noch weitere Sicherheit zu erlangen. Mit der Erhaltung des Anspruchs aus der Bürgschaft hat jener Arrestantrag nichts zu thun. Diese Erwägung läßt die vom Bekl. im gegenwärtigen Rechtszuge vorgebrachte Rüge der Verletzung des § 328 Thl. I Tit. 14 des A. L. R. unbegründet erscheinen. Und es braucht nicht untersucht zu werden, ob die Annahme des B. G., daß in der Nichtwahrnehmung des Termins zur Verhandlung über den vom Bekl. gegen den Arrestbeschluß erhobenen Widerspruch ein grobes Versehen nicht gefunden werden könne, die vom Bekl. außerdem noch behauptete Rechtsnormverletzung enthalte. Unzutreffend erscheint ferner die Bezugnahme des Bekl. auf die Entscheidungsgründe des Urtheils des R. G. vom 13. Mai 1884 (Gruchot, Beiträge Bd. 28 S. 934). In dem durch das bezeichnete Urtheil entschiedenen Falle handelte es sich darum, daß das Gesetz die Wirksamkeit eines erworbenen Pfandrechts aufgehoben, jedoch in der Stellung des Antrages auf Eintragung des Pfandrechts in einem Vorrechtsregister ein Mittel gewährt hatte, das Pfandrecht als Vorrecht wirksam zu erhalten. In der Unterlassung der Stellung dieses Antrages war vom B. G. ein grobes Versehen gefunden und die Bestimmung des § 328 Thl. I Tit. 14 des A. L. R. für anwendbar erachtet worden. Diese Auffassung fand den Beifall des R. G. Während also in jenem früheren Falle die Unterlassung einer Handlung, durch welche ein vom Gesetz dargebotenes Mittel zur Erhaltung einer für die Forderung bestellten Sicherheit verloren ging, unter die Bestimmung des § 328 a. a. O. gebracht wurde, ist im gegenwärtigen Streitfalle die Versäumung einer Verhandlung in einem Rechtsstreite in Frage, der einen vom Gegner als unberechtigt bekämpften Arrestbeschluß zur Sicherung einer durch Hypothek und durch die Bürgschaft des Bekl. selbst bereits vor Anbringung des Arrestantrages gesicherten Forderung zum Gegenstande hat. Beide Fälle haben so wenig mit einander gemein, daß die Entscheidung des früheren für die des gegenwärtigen sich nicht nutzbar machen läßt. Der Umstand, daß der Arrestantrag nach der Bürgschaftsbestellung angebracht worden ist, hindert auch die Anwendung des § 331 a. a. O. zu Gunsten des Beklagten. Diese Vorschrift muß in Verbindung mit der vorangehenden des § 330 dahin aufgefaßt werden, daß sie sich nur auf eine vor oder bei vollzogener Bürgschaft bestellte Sicherheit bezieht. Zu vergleichen Urtheil des vormaligen Königlich Preußischen Obertribunals vom 3. Juli 1868, Entscheidungen Bd. 60 S. 102; ferner Striethorst Archiv Bd. 72 S. 38. Der Bürge soll gegen Rechtshandlungen des Gläubigers, durch die seine Rechtslage schlechter wird, als sie zur Zeit der Uebernahme der Bürgschaft gewesen ist, geschützt werden. Aber er kann sich seiner Verpflichtung aus der Bürgschaft nicht entziehen, wenn eine in der Zwischenzeit von Uebernahme der Bürgschaft bis zu seiner Inanspruchnahme aus derselben erfolgte Erhöhung der Sicherheit der Hauptforderung vor seiner Inanspruchnahme wieder weggefallen ist. Es kann mithin dahingestellt bleiben, ob der Fall der durch ein Arrestgesuch des Gläubigers erreichten Sicherheit dem im § 331 Thl. I Tit. 14 des A. L. R. vorgesehenen Falle einer durch den Hauptschuldner bestellten Sicherheit gleichgestellt, und ob der Fall der Aufhebung des Arrestes in Folge Nichterscheinens des Gläubigers im Termine zur Verhandlung über den vom Schuldner gegen den Arrest erhobenen Widerspruch unter die Vorschrift des § 331, welche den Fall vorsieht, daß der Gläubiger sich der Sicherheit begiebt, überall gebracht werden kann. IV. C. S. i. S. Isaac c. Große-Lagl vom 12. April 1888, Nr. 6/88 IV.

43. Das Gesetz hat, wenn es von der Festsetzung des „Verhältnisses der Verbundenen" spricht, lediglich die Aeußerung des Willens der Betheiligten, sich zur Erlangung eines bestimmten gemeinschaftlichen Zwecks zu vereinigen, also die Fixirung des Gemeinschaftsverhältnisses als solchen, nicht aber die Regelung der Beitragspflicht der einzelnen Gesellschafter in ihrem Verhältnisse unter einander im Sinne. Daß letzteres nicht der Fall ist, ergiebt sich aus den, von der Revision in Bezug genommenen §§ 189, 206 Thl. I Tit. 17 des A. L. R., welche gerade voraussetzen, daß die Beitragspflicht der Betheiligten durch den schriftlichen Vertrag nicht geregelt ist, und für diesen Fall bestimmen, daß jedes Mitglied in gleichem Verhältnisse zu dem gemeinschaftlichen Fonds beizutragen habe, sowie zum Betriebe der gemeinschaftlichen Angelegenheiten auf gleiche Art befugt und verpflichtet sei. Nach der Auffassung des Gesetzes gehört also die Regelung der Beitragspflicht der Gemeinschafter nicht zu den wesentlichen Bestandtheilen eines Gesellschaftsvertrages. — Die Verpflichtung zur Rechnungslegung von Seiten

des einzelnen Gesellschafters, welcher die Geschäfte der Gemeinschaft besorgt hat, ist nicht durch das Zustandekommen eines formellen Gesellschaftsvertrages bedingt, sondern besteht auch dann, wenn der Vertrag formlos geschlossen und durch gemeinschaftliche Verwendungen ein Erwerb erzielt ist (§§ 171, 53 Thl. I Tit. 17 des A. L. R.; zu vergl. Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. 18 S. 280). IV. C. S. i. S. Kuczora c. Holeczek vom 19. April 1888, Nr. 17/88 IV.

44. Es steht fest, daß die Kl. einen Theil der Nachlaßsachen im Besitze hat. Diejenigen Nachlaßsachen, deren Herausgabe sie auf Grund ihres Nießbrauchsrechtes noch verlangt, sind von ihr im gegenwärtigen Rechtsstreite bis auf das Fabrikgrundstück und das Zubehör desselben nicht näher bezeichnet. Der Nießbrauch an einem Nachlasse ist aber rechtlich nichts anderes, als die Summe der Nießbrauchsrechte an jedem einzelnen zum Nachlasse gehörigen Vermögensstücke (Dernburg Bd. 1 § 287). Nun ist es allerdings nicht ausgeschlossen, auf Feststellung des Nießbrauchsrechtes an einem ganzen Vermögen oder an einem ganzen Nachlasse, wenn dies Nießbrauchsrecht bestritten ist, Klage zu erheben, ohne daß der Kl. gleichzeitig die einzelnen, zum Nachlasse oder zum Vermögen gehörigen Gegenstände angiebt. Wenn aber, wie im vorliegenden Falle, das Nießbrauchsrecht der Kl. an sich nicht bestritten ist, sondern es sich nur darum handelt, die Gegenstände des Nießbrauchs näher zu bestimmen und den Umfang des Rechtes der Nießbraucherin an den verschiedenen Gegenständen des Vermögens näher zu begrenzen, so war es Sache der Kl., die Vermögensgegenstände, an denen ihr der von ihr angesprochene Nießbrauch vorenthalten wird, einzeln anzugeben und dementsprechend ihr Klagbegehren zu stellen und zu begründen. IV. C. S. i. S. Dienstbach c. Dienstbach vom 16. April 1888, Nr. 13/88 IV.

45. Der Bekl. nimmt die Fischereigerechtigkeit in Anspruch als Eigenthümer der Grundstücke N. 44, 54, der Kl. behauptet, der Grundbesitz des Bekl. bestehe nur in einer kleinen Parzelle eines ehemaligen Bauernhofes. Die Gründe aber, aus welchen der B. R. annimmt, daß, wenn der Bekl. nur eine solche Parzelle besitze, auf diese die Fischereigerechtigkeit mit übergegangen sei, sind rechtsirrthümlich. Der von ihm angeführte Satz: „Servitus per partes retinetur" hat weder in den Quellen des gemeinen Rechtes (L. 18 D. de servit. praed. rust. 8. 3, L. 8 § 1 D. quemadm. serv. amitt. 8. 5) noch im A. L. R. (Thl. 1 Tit. 9 § 570. „Wer einen Theil seines Rechtes ausübt, der erhält dadurch das ganze Recht") auf den Fall der Parzellirung eines servitutberechtigten Gutes irgend welchen Bezug. Ist die vom Bekl. beanspruchte Berechtigung eine Grundgerechtigkeit, als welche der B. R. selbst sie bezeichnet, und hat sie, wie der B. R. durch den Ausdruck, sie sei auf die Parzelle eines Bauernhofes übergegangen, anzunehmen scheint, ursprünglich einem Bauernhofe zugestanden, so war sie nach einem, in der gemeinrechtlichen wie preußischrechtlichen Lehre von den Grundgerechtigkeiten unbestrittenen Grundsatze für die wirthschaftlichen Zwecke des Bauernhofes bestimmt und in ihrem Umfange (mindestens bis zum Gegenbeweise) auf das Bedürfniß des Bauernhofes beschränkt (Dernburg, Preußisches Privatrecht I § 292 zu 2, Eccius, Preußisches Privatrecht III § 187 N. 2, Entscheidungen des R. G. Bd. 8 S. 207, für die Fischereiservitut, insbesondere Urtheil des V. Senats vom 24. Februar 1886 in Sachen Sanft c. Schulenburg V. 267. 85), und das würde in Berücksichtigung des, der Befriedigung eines Haushaltungsbedürfnisses dienenden Inhaltes der Berechtigung zu der Annahme führen, daß sie nach Parzellirung des berechtigten Gutes von dem Besitzer einer Parzelle, auf welcher die Wirthschaftsgebäude nicht stehen, als eine selbstständige Berechtigung für diese Parzelle nicht würde beansprucht werden können (Dernburg a. a. O. § 284, Eccius, § 187 Nr. 3). V. C. S. i. S. Wroblewski c. Januczewski vom 28. April 1888, Nr. 48/88 V.

46. Das vormalige Preußische Obertribunal hat als Rechtssatz ausgesprochen und solchen in konstanter Praxis festgehalten, daß in Ehescheidungsprozessen der Theil, welcher sich bei der in erster Instanz erkannten Scheidung beruhige, gleichwohl gegen die zu seinem Nachtheile ausgefallene Entscheidung der Schuldfrage ein Rechtsmittel einlegen könne und daß alsdann der höhere Richter diese Frage völlig frei auch nach der Richtung hin, ob der vom Vorderrichter für durchgreifend erachtete Scheidungsgrund in der That vorliege, zu prüfen und die sich daraus für die Abmessung der Schuld ergebenden Folgerungen, unbehindert durch den unangefochten gebliebenen Theil des Vorderurtheils, zu ziehen habe (Entscheidungen des Obertribunals Bd. 33 S. 86 ff., Striethorst Archiv Bd. 96 S. 72 ff.). Dieser Praxis, welche durch die Vorschriften der C. P. O. nicht berührt ist, hat sich das R. G. in mehreren Urtheilen angeschlossen (zu vergl. u. a. Entscheidungen des R. G. Bd. 15 S. 289 und das in Gruchots Beiträgen Bd. 30 S. 987 abgedruckte Urtheil vom 7. Januar 1886), und auch jetzt liegt keine Veranlassung vor, von derselben abzuweichen. Der B. R. hat also, indem er die Nachprüfung des von dem ersten Richter festgestellten Scheidungsgrundes der Ehrenkränkung im Sinne des § 700 Thl. II Tit. 1 des A. L. R. ablehnte, gegen den vorgedachten Rechtssatz verstoßen. Daß aber die Einwendungen des Kl. gegen jene Feststellung an sich nicht unerheblich sind, unterliegt keinem Bedenken. Denn als grobe und widerrechtliche Ehrenkränkungen im Sinne jenes Gesetzes sind bloße Schimpfreden für sich allein nicht anzusehen, vielmehr erfordert der § 700 — im Gegensatze zu den mündlichen Beleidigungen und Beschimpfungen im Sinne der §§ 701 und 702 ebenda — die Absicht des beleidigenden Theils, dem anderen Ehegatten die Achtung, worauf derselbe vermöge seiner Verhältnisse Anspruch machen kann, zu entziehen und ihm dadurch einen bleibenden Schaden zuzufügen (zu vergl. Striethorst's Archiv Bd. 50 S. 333; das in Gruchot's Beiträgen Bd. 31 S. 987 abgedruckte Urtheil des R. G. vom 17. Januar 1887). Ob diese Voraussetzungen zutreffen, ist in jedem einzelnen Falle unter Berücksichtigung der obwaltenden thatsächlichen Umstände zu beurtheilen. IV. C. S. i. S. Schlabitz c. Schlabitz vom 7. Mai 1888, Nr. 35/88 IV; ferner soweit es sich um die Auslegung des § 700 II 1 A. L. R. handelt; IV. C. S. i. S. Fränkel c. Fränkel vom 3. Mai 1888, Nr. 34/88 IV.

47. Der B. R. geht von dem dem § 799 Thl. II Tit. 1 A. L. R. entsprechenden Standpunkte aus, daß der zu gewährende standesmäßige Unterhalt festzusetzen sei und zwar nach Verhältniß des Verdienstes oder der sonstigen Einkünfte. Daß er sich dabei für befugt erachtet, diese Frage auch ohne Anhörung von Standesgenossen des Bekl. nach freiem Ermessen zu entscheiden, entspricht der vom R. G. bereits mehrfach ausge-

sprochenen Auffassung (Urtheile des IV. C. S. vom 20. Dezember 1886 [IV 205/86] und vom 17. Oktober 1887 [IV 133/87]). Die Annahme des B. R., daß zur Feststellung des nach § 801 zu machenden Abzugs auch eine formlose und thatsächliche Absonderung genügt, entspricht der Praxis des Obertribunals (Striethorst Bd. 67 S. 127), welcher auch das R. G. in seinem oben erwähnten Urtheil vom 20. Dezember 1886 gefolgt ist. IV. C. S. i. S. Buch c. Buch vom 26. April 1888, Nr. 25/88 IV.

48. Der B. R. erwägt, daß, wenn unter dem im § 12 der Stiftungsurkunde erwähnten „nächsten männlichen Verwandten" der dem Grade nach mit dem letzten Besitzer am nächsten verwandte Cognat zu verstehen wäre, die Möglichkeit der Konkurrenz mehrerer gleichberechtigter Nachfolger vorhanden sei, eine Möglichkeit, deren Eintritt außerhalb des Willens des Stifters gestanden habe, dem gerade daran gelegen gewesen, das Fideikommiß einem Verwandtea ungetheilt zu erhalten. Der B. R. nimmt also an, daß durch die Konkurrenz mehrerer gleichberechtigter Nachfolger die ungetheilte Erhaltung des Fideikommisses in Einer Hand verhindert werde. Diese Annahme kann als richtig nicht erkannt werden. Denn das Gesetz schließt die Theilung des Fideikommisses grundsätzlich aus, wie solches aus den Vorschriften der §§ 138, 184 ff. Thl. II Tit. 4 des A. L. R. sich ergiebt, durch welche für zwei verschiedene Fälle — für Seniorate und für den Fall, wenn eine Familie mit mehreren Fideikommissen versehen ist, — angeordnet wird, daß unter mehreren vorhandenen gleichberechtigten Nachfolgern (in Ermangelung einer anderweiten maßgebenden Verfügung) das Loos zu entscheiden hat. IV. C. S. i. S. Graf v. Pfeil c. Graf Reichenbach und Gen. vom 26. März 1888, Nr. 134/8 IV.

49. Es ist das Bestehen einer besonderen Filialgemeinde dadurch nicht ausgeschlossen, daß die von ihr benutzte Kirche nicht in ihrem oder der gesammten Pfaergemeinde, sondern im Eigenthume des Klosters M. stand, sofern nur die Benutzung der Kirche kraft dauernden Rechts erfolgte. Letzteres ist vom B. R. auf Grund langjähriger Verwendung der Kirche zu den öffentlichen Gottesdiensten, der zur Erhaltung und Erweiterung der letzteren von Gemeindegliedern gemachten und angenommenen Schenkungen, welche eine entsprechende kirchliche Verpflichtung des Klosters begründeten, und der in Folge derselbea mit bischöflicher Genehmigung getroffenen kirchlichen Einrichtungen unter Mitberücksichtigung der Persönlichkeit des ursprünglichen Eigenthümers (eines Klosters) ohne Rechtsirrthum angenommen. (Vergl. Hinschius, Kirchenrecht Bd. 4 S. 168 flg., 205 flg., 337 flg.) Freilich darf hierbei nicht an ein klagbares Privatrecht auf jene Benutzung, sondern nur an ein unter den Schutz der Kirchenoberen gestelltes kirchliches Recht gedacht werden; es erhellt aber auch nicht, daß der B. R. ersteres angenommen habe. Ebensowenig steht der Existenz einer wirklichen Filialgemeinde der Umstand entgegen, daß die von dem Kloster angestellten, an ihr fungirenden Geistlichen nicht zur Ausübung sämmtlicher pfarramtlichen Funktionen befugt waren. Das Wort „filia" hat im Kirchenrecht eine verschiedenartige Bedeutung. Es bezeichnet einmal eine wesentlich selbständig gewordene oder verbliebene Pfarrkirche, welche von einer anderen (mater) durch Trennung des ursprünglichen Bandes abgelöst oder mit einer solchen in gewisser Weise vereinigt ist; sodann aber auch eine nicht selbständige Nebenkirche, bei welcher im Interesse eines von der Pfarrkirche entfernten Theils der Parochie durch besondere Geistliche bestimmte Gottesdienste und sonstige kirchliche Handlungen vorgenommen werden, während andere dem an der Hauptkirche fungirenden Pfarrer ausschließlich vorbehalten sind. Vergl. Wiese, Kirchenrecht Bd. 1 S. 851—853; Eichhorn, Kirchenrecht, Bd. 1 S. 660; Richter-Dowe, Kirchenrecht, (8. Ausgabe) S. 615, 616, 619, 620; Hinschius, Kirchenrecht, Bd. II S. 306, 307, 408, 427—430, Bd. IV S. 313 flg. Mit dieser Abhängigkeit von der Pfarrkirche ist aber im Uebrigen eine besondere Rechtsstellung und Rechtssubjektivität der Filialkirche und -Gemeinde sehr wohl verträglich, wie dies auch aus den einschlägigen Vorschriften des Pr. A. L. R. Thl. II Tit. 11 §§ 5, 245, 249, 333, 366, 726, 791 hervorgeht. Vergl. auch Wiese a. a. O.; Richter-Dowe a. a. O. S. 616. Vorliegend handelt es sich um eine filia in der zweiten Bedeutung des Wortes, da es zu einer wirklichen Theilung des Pfarrsprengels niemals gekommen ist. Die hierauf gerichteten aber erfolglos gebliebenen Bestrebungen der klagenden Filialgemeinden berechtigen nicht, ihr als solcher die Existenz abzusprechen. IV. C. S. i. S. Fiskus c. Filialkirchengemeinden Lütgendortmund vom 12. Mai 1888, Nr. 42/88 IV.

50. Sowohl vor dem Pr. O. Tr. als dem R. O. H. G. ist in mehrfachen Entscheidungen ausgesprochen, daß die im A. L. R. Thl. II Tit. 19 für milde Stiftungen gegebenen Vorschriften sich nicht bloß auf die im § 32 das. genannten Stiftungen und Anstalten beziehen, sondern auch auf ähnliche Institute anzuwenden sind. Dem ist beizustimmea. — Das frühere Obertribunal hat in einer Reihe von Erkenntnissen die Ansicht vertreten, daß insbesondere nach Preußischem Recht die landesherrliche Genehmigung kein nothwendiges Requisit für die Entstehung einer milden Stiftung sei, daß diese Genehmigung keine konstitutive, sondern nur konfirmatorische Wirkung habe und zwar mit rückwirkender Kraft sowohl für den Fall der Ertheilung als der Versagung. Es ist namentlich ausgesprochen, daß — wie auch im gemeinen Recht — die Erbfähigkeit einer durch Testament neu errichteten Stiftung sich nicht bezweifeln lasse. Diese Grundsätze werden auch, wie das Obertribunal ausführt, durch die Vorschriftea des Gesetzes vom 13. Mai 1833 nicht geändert. (Vergl. Entscheidungen des Obertribunals Bd. 23 S. 347, Bd. 40 S. 78, Bd. 30 S. 50, auch Entscheidungen des R. O. H. G. Bd. 17 S. 80.) Der hiernach in konstanter Rechtssprechung von dem früheren Preußischen höchsten Gerichtshofe vertretenen Ansicht stimmen bei Förster-Eccius (Theorie rc. 4. Aufl. Bd. 4 S. 438, 757), Dernburg (Lehrbuch 1 § 50 Nt. 3 bis 4) und Turnau (Grdb. O. 11 S. 267). Die Ausführung des Kammergerichts in den Jahrbüchern (von Johow und Küntzel Bd. 4 S. 4) wird von Koch (Kommentar zum A. L. R. Thl. II Tit. 19 § 33 Nt. 91) mit Unrecht als entgegenstehend bezeichnet, da sie eine andere Frage betrifft. Mit Rücksicht auf diese Lage der Kontroverse (auch der Entwurf zum B. G. B. für Deutschland (§§ 58, 59, 62) nimmt an, daß, abgesehen von territorialen Gesetzen, Stiftungen durch den sie begründenden Akt des Stifters rechtliche Existenz erlangen) hat das R. G. sich der auch vom B. R. adoptirten Ansicht des Obertribunals angeschlossen. V. C. S. i. S. Schulvater und Gen. c. Löbel Maysche Stiftung vom 2. Mai 1888, Nr. 50/88 V.

VI. Sonstige Preußische Landesgesetze.

Zum Allgemeinen Berggesetz.

51. Schon vor dem Inkrafttreten einerseits des Allgemeinen Berggesetzes, andererseits der R. C. P. O. hat überwiegend die Praxis in allen drei Rechtsgebieten Preußens die Klage des Muthers gegen die der nachgesuchten Beleihung entgegenstehenden Rechtsansprüche Dritter nur im dinglichen Gerichtsstande zugelassen (vergl. Entscheidungen des Obertribunals Bd. 38 S. 34; Bd. 40 S. 277; Brassert und Achenbach, Zeitschrift für Bergrecht Bd. 10 S. 411). Auch die nach Einführung der C. P. O. erschienenen Kommentare des Allgemeinen Berggesetzes weisen die Klage des Muthers trotz verschiedener Auffassung der rechtlichen Natur derselben übereinstimmend dem dinglichen Gerichtsstande zu (Klostermann 4. Aufl. Nt. 53b zu § 23; Arndt 2. Aufl. Nt. 3 am Schluß; desgl. Dernburg, Lehrbuch 4. Aufl. Bd. I S. 670 Nt. 4). Diese Meinung, die sich schon aus Gründen der Zweckmäßigkeit zu empfehlen scheint, findet in den gesetzlichen Bestimmungen und der Natur des Rechtsverhältnisses ihre volle Rechtfertigung. Ausführlich begründet. V. C. S. i. S. Gute Hoffnungshütte c. Petri vom 14. April 1888, Nr. 8/88 V.

Zum Gesetz über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen vom 13. Juli 1883.

52. Der Bekl. N. (der Ersteher) führt aus, durch den Erwerb der fraglichen Grundstücke in der Zwangsversteigerung sei für ihn nur eine dingliche, keine persönliche Verpflichtung zur Bezahlung des Ablösungskapitals entstanden, und letztere Verpflichtung in Folge des Weiterverkaufs der Grundstücke an den Bekl. M. weggefallen. Die Beschwerde ist jedoch unbegründet. Es mag dahin gestellt bleiben, ob der Besitzer der versteigerten Grundstücke für die Entrichtung der ursprünglich eingetragenen jährlichen Weideablösungsrente nur dinglich haftete, denn diese Leistung war in den Jahren 1866 und 1867 abgelöst, und die von dem Besitzer in dem Ablösungsrezesse übernommene Verpflichtung, an Stelle der jährlichen Rente ein Kapital von 1159 Thlr. 25 Sgr. dem Berechtigten zu zahlen, ist eine persönliche Verpflichtung aus einem privatrechtlichen Titel. (Vergl. die Entscheidungen des Ober-Tribunals in Striethorst Archiv Bd. 79 S. 67, und des R. G., I. Hülfssenats in der Zeitschrift für Preußisches Recht Bd. I S. 721, auch Koch, Kommentar zum A. L. R. Thl. I Tit. 11 § 183 Note 86.) Daß diese Umwandlung der Rente in eine Kapitalschuld stattgefunden habe, wurde durch die Eintragung im Grundbuche der verpflichteten Grundstücke genügend zum Ausdruck gebracht. Der Subhastationsrichter nahm deshalb mit Recht an, daß das Ablösungskapital zu den im § 59 Abs. 2 des Gesetzes vom 13. Juli 1883 gedachten Forderungen gehöre, und stellte die diesem Gesetze entsprechende Bedingung für den Fall, daß die als Theil des geringsten Gebots übernommene Verpflichtung aus dem mitverhafteten Grundstücke befriedigt werde, oder der Gläubiger seine Rechte auf Befriedigung aus dem versteigerten Grundstücke aufgeben würde. Durch die bei der Kaufgeldervertheilung festgestellte Erklärung des Richters erfolgte die Uebernahme der im Plane dem Ersteher zugewiesenen Ansprüche. Haftete aber der Eigenthümer des versteigerten Grundstücks für die überwiesenen Verpflichtungen persönlich, so ging diese Haftung nach § 115 Abs. 3 des Gesetzes vom 13. Juli 1883 auf den Ersteher in Anwendung des § 41 des E. E. G. vom 5. Mai 1872 ebenfalls über. Dies muß hier in Betreff der Verbindlichkeit zur Zahlung des Ablösungskapitals nach dem oben Bemerkten angenommen werden. Daß die 1867 eingetretene persönliche Haftung des Besitzers der verpflichteten Grundstücke zur Zeit des Zwangsverkaufs wieder weggefallen sei, dafür fehlt in den Parteierklärungen jeder Anhalt. Für die weitere Verpflichtung des Erstehers, an Stelle der ausgefallenen überwiesenen Forderung einen Anspruch von gleicher Höhe unter denselben Bedingungen zu übernehmen, folgt die persönliche Haftung des Erstehers schon aus dem Zuschlag. V. C. S. i. S. Croner c. Brilles vom 12. Mai 1888, Nr. 64/88 V.

Zu dem Zuständigkeitsgesetz vom 1. August 1883.

53. Nach den Vorschriften des für den gegenwärtigen Fall maßgebenden Preußischen Zuständigkeitsgesetzes vom 1. August 1883 (§§ 18, 160) unterliegen Streitigkeiten über „die Heranziehung oder die Veranlagung zu den Gemeindelasten" der Entscheidung im Verwaltungsstreitverfahren auch insoweit, als vorher durch § 79 Thl. II Tit. 14 des A. L. R. und §§ 9, 10 des Gesetzes vom 24. Mai 1861 der ordentliche Rechtsweg für zulässig erklärt war, und es besteht kein Zweifel darüber, daß demzufolge auf diesem Gebiete die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte eine ausschließliche ist (§ 13 des G. V. G., Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. 17 S. 178, 200 f.). Nur soweit es sich dabei um „privatrechtliche Verhältnisse" handelt, ist der ordentliche Rechtsweg zulässig geblieben (§ 160 Abs. 2 des Gesetzes vom 1. August 1883, § 7 des Gesetzes über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. Juli 1883). Vorliegend ist außer Frage, daß die von der Bekl. mit Genehmigung des Bezirksausschusses durch das Regulativ vom 6. September 1886 eingeführte Biersteuer eine Gemeindelast im Sinne des § 18 Ziffer 2 des Gesetzes vom 1. August 1883 ist. Der Streit der Parteien betrifft auch direkt die Verpflichtung der Kl. zur Entrichtung der Steuer von dem angeblich zum Zweck der Lagerung und demnächstiger Weiterverschickung in die Stadt Halle eingeführten Biere, indem Kl. hierfür die in dem Regulativ für solches Bier, welches durch den Stadtbezirk nur durchgeführt wird, bestimmte Steuerbefreiung in Anspruch nimmt. Derselbe bewegt sich mithin ausschließlich auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts, und das streitige Verhältniß wird dadurch nicht zu einem privatrechtlichen, daß es für die Feststellung der Steuerpflicht auf thatsächliche Ermittelungen ankommt, zu welchen die Verwaltungsgerichte nicht minder als die ordentlichen Gerichte im Stande sind. Ebenso unerheblich ist es in dieser Beziehung, daß es sich hier nicht um die Entscheidung der Frage, ob Kl. überhaupt zu der gedachten Steuer herangezogen werden könne, sondern um die Berechtigung zur Steuerhebung in einzelnen, konkreten Fällen handelt. Denn der erhobene Anspruch stützt sich ausschließlich auf eine im öffentlichen Recht begründete Befreiung und in keiner Hinsicht auf ein neben demselben zwischen den Parteien bestehendes privatrechtliches Verhältniß. IV. C. S. i. S. Riebeck & Comp. c. Stadtgemeinde Halle a./S. vom 7. Mai 1888, Nr. 38/88 IV.

M.

Klage und Einrede im Interventionsprozesse.

Von Dr. Hermann Staub, Rechtsanwalt in Berlin.

(Fortsetzung.)

4.

Die obligatorische Interventionsklage.

Daß ein zwischen einem Dritten und dem Schuldner bestehendes obligatorisches Verhältniß als solches die Interventionsklage nicht begründen kann, daran sollte füglich nicht gezweifelt werden. Denn darin liegt ja eben das Wesen der Vertragsobligation, daß sie nur zwischen den Kontrahenten selbst Rechte begründen kann und der Pfändende steht zu dem intervenirenden Dritten eben in keinem obligatorischen Verhältnisse. Es braucht hierüber kein weiteres Wort verloren zu werden, obwohl auffälliger Weise Struckmann und Koch (Kommentar zu § 690 C. P. O.) für die obligatorische Interventionsklage plädiren.*)

Dagegen hat bekanntlich das allgemeine Landrecht dem obligatorischen Rechte, dem jus ad rem, eine dinglichartige Wirkung dann beigelegt, wenn dem späteren Erwerber eines dinglichen Rechts an der Sache das frühere jus ad rem bekannt war. In solchen Fällen soll das spätere dingliche Recht dem früheren jus ad rem weichen. Es verhalten sich hierüber die §§ 4 und 5, I, 19 A. L. R., und es fragt sich, ob diese Paragraphen auch gegenüber dem Pfändungspfandrechte Platz greifen, ob also auch dieses dem früher erworbenen jus ad rem zu weichen hat, wenn der Exekutionsgläubiger dasselbe kannte.

Ressel bei Gruchot Band 28 S. 114 spricht die Ansicht aus, daß § 709 C. P. O. für die Bejahung dieser Frage spreche, weil nach diesem Paragraphen das Pfändungspfandrecht dem Vertragspfandrechte gleichgestellt werde.

Glasenapp a. a. O. verneint die Frage, weil die gedachten Landrechtsparagraphen nur von dem Falle sprächen, wo das dingliche Recht durch ein Rechtsgeschäft erworben werde.

Auch wir verneinen die Frage, jedoch nicht aus dem von Glasenapp angegebenen Grunde. Dieser Grund trifft um deshalb nicht zu, weil die Paragraphen nichts von Rechtsgeschäft sprechen, sondern nur von Rechten, welche „von dem Besitzer erlangt sind". Zu diesen aber gehört auch das Pfändungspfandrecht. Denn dasselbe wird, wenn auch zwangsweise, „von dem Besitzer erlangt".

Allein die maßgebenden Vorschriften der Civilprozeßordnung sprechen für eine Verneinung der Frage. Es ist nicht richtig, wenn Ressel darauf hinweist, § 709 C. P. O. stelle das Pfändungspfandrecht dem Faustpfande gleich. Die betreffende Gesetzesstelle spricht diese Gleichstellung nur für das Verhältniß des Pfändungspfandgläubigers zu andern Gläubigern aus. Ob diese Gleichstellung auch sonst begründet ist, welches die Wirkungen des Pfändungspfandrechts sonst und insbesondere im Verhältniß zu andern Rechten ad rem und in re sind, muß selbstständig geprüft werden. In dieser Beziehung ist § 690 C. P. O. sedes materiae. Dieser aber legt nur den Rechten, welche dem Dritten „an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung zustehen", die Kraft bei, die Zwangsvollstreckung zu beseitigen. Darunter sind nach einem unbezweifelten Sprachgebrauch die jura in re zu verstehen. Dadurch hat die Civilprozeßordnung den Kreis derjenigen Rechte, welche es durch das Pfändungspfandrecht ungekränkt lassen will, bestimmt begrenzt, und es ist unzulässig, darüber hinaus anderen Rechten die Möglichkeit zuzusprechen, das gültige Pfändungspfandrecht zum Weichen zu bringen.

Hiernach braucht den jura ad rem gegenüber das Pfändungspfandrecht als giltiges dingliches Pfandrecht nicht zu weichen.

5.

Die possessorische Interventionsklage.

Ob auch possessorisch intervenirt werden kann, ist sehr bestritten, und selbst unter denen, die sich für die Zulässigkeit der possessorischen Interventionsklage aussprechen, ist Streit über ihren Umfang.

Wir bejahen die Zulässigkeit der Interventionsklage und zwar zunächst für den Fall, wo entgegen den §§ 712 und 713 C. P. O. Sachen gepfändet sind, welche sich nicht im Gewahrsam des Schuldners, sondern eines Dritten befanden.

Aber die Quelle unserer Anschauung ist nicht, wie bei Ressel (Seite 126) und Westerburg (bei Gruchot Band 23 Seite 885) der § 690 C. P. O. Denn daran halten wir fest, daß dieser § den Kreis der zur Intervention geeigneten Rechte auf die wirklichen jura in re beschränkt, und es scheint uns Folgendes über allem Zweifel erhaben: mag auch sonst der Besitz in der Wissenschaft mit größerem oder geringerem Geschick als wirkliches Recht konstruirt werden, und mag auch Westerburg's Prophezeihung richtig sein, daß der Tag nicht mehr fern ist, wo der Besitz allgemein als Recht anerkannt werden wird, der Gesetzgeber der Civilprozeßordnung hat in § 690 jedenfalls nur an die allgemein anerkannten dinglichen Rechte gedacht.

Allein der § 690 setzt nur fest, welche Rechte und wie und wo sie sich einem rite erlangten Pfändungspfandrechte gegenüber behaupten können. § 690 setzt ein giltiges Pfändungspfandrecht voraus.

Einem solchen gegenüber ist eine Besitzklage überhaupt nicht denkbar. Denn hier fehlt es an jenem Momente, welches der Urquell der Besitzstörungsklage ist, man mag es nun Eigenmacht oder Ungebühr oder Gewalt nennen.

Eine Besitzklage ist daher nicht denkbar, so lange das Pfandrecht in den Formen der §§ 712 und 713 C. P. O. rite erlangt ist.

Sind diese Formen aber verletzt, ist also, um bei unserem Prinzipalfalle zu bleiben, der Gerichtsvollzieher in fremdes Gewahrsam eingedrungen, um dort zu pfänden, dann ist der Besitz des Dritten zur Ungebühr gestört.

Daß gegenüber einer solchen Störung die possessorische Klage zulässig ist, hat allerdings die Civilprozeßordnung nicht festgesetzt, aber auch nicht ausgeschlossen.

Keine Vorschrift der Civilprozeßordnung steht der Zulässigkeit des Possessoriums entgegen. Zunächst nicht § 690, der, wie erwähnt, allerdings nur die jura in re zur Inter-

---

*) Unzutreffend auch Reichsgericht Band 18 S. 366. Die Entscheidung sagt, daß, wenn der Schuldner auf Grund eines obligatorischen Rechtsverhältnisses besitzt, zur Begründung der Interventionsklage des Dritten der Nachweis des betreffenden obligatorischen Verhältnisses genügt. Solcher Auffassung gegenüber ist in unserem früheren Aufsatze: „Die preußische Besitzrechtsklage" genügend hervorgehoben, daß in solchen Fällen nicht die betreffende Obligation die Klage begründet, sondern das durch dieselbe dargelegte bessere Besitzrecht des Intervenienten.

vention für geeignet hält, jedoch nur von der Intervention gegen ein rite erlangtes Pfändungspfandrecht handelt. Aber auch nicht § 685.

§ 685 C. P. O. giebt nämlich ein Beschwerderecht gegenüber dem ungehörigen Verfahren des Gerichtsvollziehers an das Vollstreckungsgericht. Es wird nun viel darüber gestritten, ob § 685 auch dem Dritten, durch die Zwangsvollstreckung beschwerten, dieses Beschwerderecht geben will. Diejenigen, die es ihm geben, wollen ihm nun deshalb die Possessorienklage versagen (z. B. Francke bei Busch V), diejenigen die ihm das Beschwerderecht nehmen, finden hierin eine Unterstützung für ihre Ansicht, daß die Possessorienklage zulässig ist (so Reffel a. a. O.).

Indessen ich meine, daß § 685 in keinem Falle der Possessorienklage entgegensteht, selbst dann nicht, wenn man dem Dritten das Beschwerderecht giebt.*) Denn ein nach materiellen Rechtsgrundsätzen wohlbegründetes Klagrecht wird dadurch nicht beseitigt, daß ein Prozeßgesetz dem Berechtigten ein prozessualisches Beschwerderecht verleiht. Dieses letztere ist übrigens nur eine Beschwerde oder Erinnerung gegen das Verfahren „des Gerichtsvollziehers“, während sich die Besitzstörungsklage gegen den Gläubiger wendet und auch nur dann begründet ist, wenn und soweit dieser das störende Verfahren veranlaßt oder genehmigt hat.

Ist hiernach die Besitzstörungsklage dann zulässig, wenn eine im Gewahrsam des Dritten befindliche Sache gepfändet ist, so schreiten wir weiter zu der Frage, ob die Besitzesklage auch dann begründet ist, wenn sich die gepfändete Sache zwar im Gewahrsam des Schuldners, aber im juristischen Besitze eines Dritten sich befindet, wenn also der Schuldner nur **alieno nomine** detinirte.

Hierüber ist ein lebhafter Streit entbrannt. Kühne (bei Gruchot Bd. 23 Seite 497 ff.) versagt dem juristischen Besitzer in solchem Falle die Possessorienklage, weil nach § 709 C. P. O. eine gesetzlich ordnungsmäßige Pfändung vorliegt, wenn die Sache sich im Gewahrsam des Schuldners befindet, in einer solchen Pfändung also keine Eigenmacht liegt.

Ihm erwidert Westerburg (a. a. O.), daß eine Eigenmacht gegen den Schuldner allerdings nicht vorliege, wohl aber, worauf es allein ankomme, gegenüber dem juristischen Besitzer. Gegen diesen richte sich die Pfändung nicht, und dessen Rechte, dessen Besitz dürfe nicht gestört werden durch einen Akt, der gegen einen andern immerhin rechtmäßig sein mag. Soviel steht also zwischen den beiden Streitern fest, daß eine Besitzstörungsklage dort zulässig ist, wo ein Akt der Eigenmacht vorliegt, dort unzulässig, wo keine Eigenmacht, keine Ungebühr vorhanden ist.

Gerade dieser, von Beiden anerkannte Gesichtspunkt aber führt dazu, dem juristischen Besitzer die possessorische Klage zur Abwehr der gegen den Detentor gerichteten Pfändung weder schlechtweg zu versagen, noch schlechtweg zuzugestehen. Vielmehr ist nach richtiger Auffassung dem juristischen Besitzer die Klage zu ertheilen, wenn der juristische Besitz als solcher erkennbar ist, im andern Falle auszuschließen.

Denn wenn es richtig ist (vergl. auch Glasenapp a. a. O. Seite 254), daß das Possessorium im preußischen Recht den Charakter einer Deliktsklage nicht unbedingt verloren hat, daß es sich — analog der Spolienklage — nicht gegen den Verlust des Besitzes überhaupt, sondern nur gegen unbefugte und eigenmächtige Störungen d. h. gegen Störungen richtet, welche den Charakter der Rechtswidrigkeit tragen, so treffen diese Voraussetzungen der Possessorienklage dann, aber auch nur dann zu, wenn die Pfändung gegenüber dem juristischen Besitzer eine eigenmächtige rechtswidrige war. Und das ist der Fall, wenn der juristische Besitzer als solcher erkennbar war.

Denn es kann vernünftiger Weise ein Bruch der Besitzesmacht, eine Mißachtung der thatsächlichen Herrschaft nur dort für vorliegend erachtet werden, wo die Macht auch objektiv ersichtlich ist, die Herrschaft sich objektiv und für jeden Dritten wenigstens durch Erkennbarkeit äußert.

Ist dies nicht der Fall, läßt vielmehr der juristische Besitzer die thatsächliche Herrschaft durch den Detentor ausüben, während seine eigene Herrschaft über die Sache äußerlich verschwindet, so kann sich eine Mißachtung der Herrschaft des juristischen Besitzers auch nur in der Mißachtung der Herrschaft des Detentors bethätigen und liegt — das ist die Kehrseite der Sache — dann nicht vor, wenn das, was geschah, dem Detentor gegenüber als Eigenmacht nicht zu betrachten.*)

Exempla magis prosunt quam praecepta. Wenn der Gerichtsvollzieher gegen einen Maurerpolier eine Pfändung auf dem Bauplatze vollzieht, der sich schon äußerlich als der Bauplatz des Maurermeisters X. darstellt, für den der Polier immerhin selbstständig den Bau leiten mag, so liegt sicherlich eine Eigenmacht gegen den Maurermeister vor. Denn dessen juristischer Besitz ist erkennbar und gleichwohl nicht respektirt worden.

Das Gleiche gilt, wenn gegen ein Dienstmädchen vollstreckt wird in Sachen des nach Italien verreisten Herrn, obgleich klar ersichtlich ist, daß die Wohnung dem Herrn X. gehört, oder wenn in einer Handlungszweigniederlassung vollstreckt wird wegen einer persönlichen Forderung gegen den Leiter derselben, oder gegen den Gutsverwalter auf dem Gute des in der Residenz wohnenden Gutsherrn. Ueberall sind in diesen Fällen die Sachen im Gewahrsam des Schuldners, aber so, daß ersichtlich ist, daß der Schuldner die Gewahrsam nicht für sich, sondern für einen andern ausübt. In solchem Falle wollte § 712 C. P. O., obgleich er sich nicht klar hierüber ausspricht, die Pfändung gegen den Schuldner sicherlich nicht zulassen. Die dennoch erfolgte Pfändung enthält eine Ungebühr gegen den juristischen Besitzer, dessen erkennbare, wenn auch nur durch den Schuldner ausgeübte Herrschaft über die Sache nicht respektirt wurde.

*) Zu denen, die dies thun, gehören auch wir. Die einschränkenden Bemerkungen der Motive erachten wir nicht für durchschlagend, und die Argumentation Francke's, daß die Gerichtsstände der Zwangsvollstreckung ausschließliche seien, mit der an das Vollstreckungsgericht zu richtenden Beschwerde also ein an ein anderes Gericht zu richtendes Klagerecht beseitigt sei, geht fehl, weil die Civilprozeßordnung unter Gerichtsständen nur die Gerichtsstände für Klagen versteht.

*) Eine werthvolle Stütze findet diese unsere, sonst isolirt dastehende Ansicht durch die eben erschienenen Motive zum Bürgerlichen Gesetzentwurf (Band III S. 127). Sie sagen: „Das Besitzunrecht der verbotenen Eigenmacht richtet sich gegen den Vertreter; aus der Person des Vertreters entscheidet sich die Frage, ob ohne den Willen des Inhabers auf die Sache eingewirkt ist und somit der Thatbestand der verbotenen Eigenmacht vorliegt“.

Anders, wenn das juristische Besitzverhältniß nicht erkennbar ist, wenn z. B. bei dem Leiter des Baues nicht ersichtlich ist, daß er auf fremdem Platze in fremdem Namen baut. Hier mag wohl der juristische Besitz bestehen, und dem Detentor gegenüber besteht er ohne jede Einschränkung. Aber Dritten gegenüber liegt die Sache so, daß der Detentor die Herrschaft ausübt, wenn auch im Interesse des juristischen Besitzers. Eine Eigenmacht gegen den juristischen Besitzer kann daher nur durch einen Akt begangen werden, der eine Eigenmacht gegen den Detentor enthält. Da nun aber die Pfändung eine Eigenmacht gegen den Detentor nicht involvirt, das daneben oder darüber bestehende Besitzverhältniß, die Oberherrschaft des juristischen Besitzers aber sich neben der Herrschaft des Detentors in keiner Weise bethätigt, nicht einmal insoweit, als es sich objektiv erkennbar macht, so kann es auch auf selbstständige Respektirung keinen Anspruch machen.

Dabei würde man uns mißverstehen, wenn man glauben wollte, daß wir zur Begründung der Besitzesklage einen bewußt eigenmächtigen Eingriff verlangen, auch uns gilt, was unbewußt, aber objektiv sich als Eigenmacht darstellt, als genügende Unterlage für den Besitzesschutz. Aber eine thatsächliche Herrschaft, die selbständig objektiv respektirt werden will, muß selbstständig objektiv in die Erscheinung treten. Soweit ihr die objektive dingliche Existenz fehlt, insoweit kann sie auch auf objektiven dinglichen Schutz keinen Anspruch machen. Fordern wir auch nicht, daß der Störer erkannt hat, er greife in fremde Herrschaft ein, so fordern wir doch, daß er die fremde Herrschaft hätte erkennen können, daß sie erkennbar war.

Hiernach kann nach gemeinem und preußischen Recht der juristische Besitzer dann possessorisch interveniren, wenn sein juristisches Besitzverhältniß äußerlich erkennbar war. Für das preußische Recht ist dieser Besitzschutz des juristischen Besitzers um deshalb von geringerer praktischer Bedeutung, weil er sich im Großen und Ganzen mit der preußischen Besitzrechtsklage deckt. Denn wie wir unter Nr. 2 gesehen haben, ist im preußischen Recht für jeden Besitzer die Vermuthung der Rechtmäßigkeit statuirt, und vermöge dieser eigenthümlichen Vermuthung eines Rechts zum Besitze ist in der Darlegung des juristischen Besitzers bis zum Nachweise des Gegentheils gleichzeitig das Recht zum Besitze dargelegt, welches zur petitorischen Klage berechtigt. Dennoch unterscheidet sich die possessorische Klage von der petitorischen. Die erstere ist an die Voraussetzung der Erkennbarkeit und an die weiteren Voraussetzungen einer jeden Besitzesklage gebunden (Nachweis der Neuerlichkeit u. s. w.), andererseits aber gewährt die possessorische Klage den Vortheil, daß auf die Rechtmäßigkeit überhaupt nicht eingegangen wird, der Gegner es also nicht unternehmen kann, die gesetzliche Vermuthung der Rechtmäßigkeit zu widerlegen.

Um das Resultat auf ein praktisches Beispiel zu übertragen, so kann der Möbelhändler possessorisch klagen, wenn seine Möbel bei dem Verwalter der Filiale gepfändet werden in einem Lokale, welches schon äußerlich erkennen läßt, daß die darin befindlichen Möbel dem Herrschaftsbereiche des Möbelhändlers N. N. zugehören, so daß also der ständige Verwalter der Detentor, der Möbelhändler aber juristischer Besitzer ist, wenn etwa das Lokal die Aufschrift trägt: „Möbelhalle des Kaufmanns N. N.“ Der Möbelhändler kann aber nur petitorisch und zwar mit der oben unter Nr. 2 näher dargelegten Publiciana klagen, wenn die Möbel an irgend einen Privatmann auf Möbelleihkontrakt vermiethet sind. Waren sie hier gepfändet, so stellt sich die Pfändung als Eigenmacht gegen den Möbelhändler nicht dar, weil dieser, obgleich juristischer Besitzer, eine selbstständige Herrschaft neben oder über der Herrschaft des Exequenden nicht bethätigt hat, sein Besitz daher nur durch eine Handlung gestört werden kann, die schon gegen den Exequenden, der in seinem Interesse die Herrschaft ausübt, eine Eigenmacht enthält, was aber bei der Pfändung, die sich ja der Exequende gefallen lassen muß, nicht zutrifft. In solchem Falle hat also der Möbelhändler die Possessorienklage nicht. (Fortsetzung folgt.)

Personal-Veränderungen.

Zulassungen.

Ebbinghaus beim Oberlandesgericht Hagen; — **Alfred Julius Kuh** beim Amtsgericht Rathenow; — **Junker** beim Amtsgericht Viersen; — **Dr. jur. Paul Felix Konrad Häckel** beim Amtsgericht Annaberg; — **Max Flatow** beim Landgericht Berlin II; — **Ludwig Levin** beim Landgericht Berlin II; — **Adolf Wichmann** beim Amtsgericht Bernburg; — **Goldmann** beim Landgericht Magdeburg; — **Julius Rosenberg** beim Landgericht Berlin I; — Dr. jur. Oskar Constantin Reichel beim Amtsgericht Meißen; — Hermann Alfred Oskar Friedrich beim Amtsgericht Sangerhausen; — Eugen Mack beim Amtsgericht Pillkallen; — Dr. Friedrich Otto Hennig beim Landgericht Chemnitz. — Dr. Jacob Riesser beim Kammergericht Berlin; — Hugo Levy beim Landgericht Berlin I.

Für die Redaktion verantw.: S. Haenle. Verlag: W. Moeser Hofbuchhandlung. Druck: W. Moeser Hofbuchdruckerei in Berlin

№ 31 und 32. Berlin, 1. Juli. 1888.

Juristische Wochenschrift.

Herausgegeben von

S. Haenle, Justizrath, Rechtsanwalt in Ansbach.

und

M. Kempner, Rechtsanwalt beim Landgericht I. in Berlin.

Organ des deutschen Anwalt-Vereins.

Preis für den Jahrgang 20 Mark. — Inserate die Zeile 40 Pfg. — Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt.

Inhalt.

Aufsätze für die Juristische Wochenschrift, welche acht Spalten überschreiten, können nur ausnahmsweise angenommen werden. Aufsätze, welche sich auf Angelegenheiten des Anwaltstandes und die Reichsjustizgesetze beziehen, erhalten den Vorzug. Die Redaktion.

Vereinsnachrichten.

Der erste Band der Entscheidungen des Ehrengerichtshofes ist vergriffen. Der Vereinsvorstand würde einen Neudruck veranstalten, wenn 400—500 Vereinsmitglieder sich bereit erklärten, den Band zum Preise von 3 Mark abzunehmen. Ich bitte die interessirten Herren Vereinsmitglieder um gefällige Erklärung. Sollte der Neudruck nicht ausführbar sein, so wird der Vereinsvorstand durch Ankauf von einzelnen Exemplaren bei den Erben verstorbener Mitglieder dem Seitens vieler jüngeren Vereinsmitglieder ausgesprochenen Verlangen nach dem Besitz des ersten Bandes zu genügen suchen.

Bekanntmachung über das Ergebniß der Meldungen erfolgt am 1. Oktober 1888.

Leipzig, 23. Juni 1888.

Mecke, Schriftführer.

Vom Reichsgericht.*)

Wir berichten über die vom 1. bis 16. Juni 1888 ausgefertigten Erkenntnisse.

1. Die Reichsjustizgesetze.

Zur Civilprozeßordnung.

1. Der Revisionsantrag kann sich nur auf die Freigebung der Pfandobjekte Ziff. 1, 3, 4 und 5 (im Anschlage von 1 000 Mark) beziehen. Der Werth dieser Gegenstände bildet daher nach § 6 C. P. O. den Werth des Streitgegenstandes, da die erhobene Widerspruchsklage das Pfandrecht der Bekl. an diesen gepfändeten Gegenständen zu beseitigen bezweckt. Einen höheren Werth dieser Gegenstände, als der Anschlag derselben bei der Pfändung beträgt, hat Kl. nicht gemäß § 508 Abs. 3 C. P. O. glaubhaft gemacht und seinem Antrage, eine gerichtliche Schätzung anordnen zu wollen, war um so weniger zu entsprechen, als nach § 6 C. P. O. selbst ein etwaiger höherer Werth die Zulassung der Revision deshalb nicht begründen könnte, weil auch die Forderung der Bekl., für welche die Pfändung vorgenommen wurde, die Revisionssumme nicht erreicht, indem sie mit Ausschluß der nach § 4 C. P. O. nicht zu berücksichtigenden Nebenforderungen für Zinsen und Kosten sich nur auf 1 387 Mark beläuft. II. C. S. i. S. Gunier c. Graßmayr vom 5. Juni 1888, Nr. 89/88 II.

2. Die Revision führt aus, daß dem angefochtenen Urtheil eine unrichtige Auffassung des § 211 C. P. O. zu Grunde liege; bei der Frage, ob ein unabwendbarer Zufall vorliege, müsse man das durchschnittliche Maß der Diligenz zu Grunde legen, es sei ungenügend geprüft, ob dem Rechtsanwalt X. ein Versehen zur Last falle; um dieses mit hinreichender Sicherheit beurtheilen zu können, hätten die Manualakten desselben vorgelegt werden müssen; so wie die Sache liege sei mit Sicherheit nicht zu ersehen, wem von den Mandataren des Kl. ein Versehen zur Last falle, und welcher eventuell dem Kl. regreßpflichtig sein würde. Nach dem § 211 ist einer Partei, welche durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle verhindert worden ist, eine Nachfrist einzuhalten, auf Antrag die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bewilligen. Wie die Motive ergeben, hat man absichtlich die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht von dem Mangel eines Verschuldens abhängig machen wollen. Es heißt dort (zu § 204 des Entwurfs): „Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wird dem Restitutionsgrunde nach auf Naturereignisse und andere unabwendbare Zufälle (vis major) eingeschränkt. — Während der Begriff des „Mangels an Verschulden" leicht einer laxen Interpretation ausgesetzt ist, hat das Erforderniß der vis major bereits auf dem Gebiet des Handelsrechts (Deutsches H. G. B. Art. 395) Eingang und bestimmte Anwendung gefunden." Es kommt hiernach nicht darauf an, ob ein Verschulden auf Seiten eines

*) Nachdruck ohne Angabe der Quelle verboten.

Bevollmächtigten des Kl. genügend festgestellt ist; vielmehr handelt es sich nur darum, ob die Versäumung der Berufungsfrist auf einem unabwendbaren Zufall beruht. (Vergl. Entscheidungen des R. G. Bd. 3 pag. 421). Dieses wird von dem B. G. ohne Rechtsirrthum verneint, indem es ausführt, daß die Versäumung der Frist sehr wohl hätte vermieden werden können. VI. C. S. i. S. Schneider c. Siegener Dynamitfabrik vom 4. Juni 1888, Nr. 93/88 VI.

3. Die vom Kl. behauptete Rechtsnachfolge der Wittwe L. war beim Ausbleiben der Letzteren im Verhandlungstermine nach § 223 Abs. 2 (vergl. mit § 217 Abs. 4 der C. P. O.) als zugestanden anzunehmen. Das zu erlassende Versäumnißurtheil brauchte sich aber nicht auf den Ausspruch zu beschränken, daß das Verfahren von der Wittwe L. aufgenommen sei; denn diese Bestimmung des angeführten Abs. 4 des § 217 ist nur auf solche Fälle zu beziehen, wo noch eine wirkliche Verhandlung zur Hauptsache in Aussicht steht, paßt aber nicht auf einen Fall, wo, wie hier, nicht nur die Aufnahme des Verfahrens, sondern sogar zugleich schon die Zurücknahme des eingelegten Rechtsmittels von dem Gegner durch Zustellung eines Schriftsatzes bereits vollzogen ist. Es war daher dem vom Kl. gestellten Antrage nach § 529 (vergl. mit § 476 Abs. 3, bezw. nach § 520 vergl. mit § 295 der C. P. O.) zu entsprechen. VI. C. S. i. S. L'hoest c. Fiskus vom 28. Mai 1888, Nr. 203/87 VI.

4. Es konnte nicht angenommen werden, daß durch die vorliegende Eidesnorm den Schwurpflichtigen in ungehöriger Weise die Abgabe von Urtheilen, sei es rechtlichen oder anderen Inhalts, zugemuthet würde. Ohne Zweifel kommen in der Eidesformel verschiedene Rechtsbegriffe vor; aber wie schon wiederholt vom R. G. ausgesprochen worden ist (z. B. Entscheidungen in Civilsachen Bd. 3 S. 398 f., Bd. 7 S. 2 f.), sind solche, wenn sie allbekannt und einfacher Natur sind, noch keineswegs von dem zulässigen Inhalte eines prozessualischen Eides ausgeschlossen. Im Uebrigen muß es bis zu einem gewissen Grade für eine Sache der konkreten Beurtheilung erklärt werden, wie weit man dem gerade in Rede stehenden Schwurpflichtigen gegenüber in der Nöthigung zur Aeußerung eines eigenen Urtheils gehen dürfe. VI. C. S. i. S. Liepmann c. Hamburger Steuerdep. vom 7. Mai 1888, Nr. 72/88 VI.

5. Die Förmlichkeiten des Rechtsmittels, auf dessen Grund das Urtheil I. J. vom B. G. zu Gunsten der Kl. abgeändert worden ist, konnten in einer Beziehung zu Bedenken Anlaß geben. Da nämlich die Kl. ihr Rechtsmittel in dem betreffenden Schriftsatze als Anschlußberufung, die Bekl. in Beziehung auf dasselbe als Anschlußberufungsbekl. bezeichnet hat, so könnte man zunächst meinen, dem Erfordernisse, welches in § 479 Abs. 2 Nr. 2 der C. P. O. für die Berufung aufgestellt wird, sei hier gar nicht genügt, daher von der Kl. überhaupt keine Berufung eingelegt, sondern nur mittelst des in der Berufungsverhandlung gestellten Antrages eine Anschließung an die von gegnerischer Seite eingelegte Berufung vorgenommen: die Anschließung hätte dann nur dem Bekl. zu 1, nicht auch dem Bekl. zu 2 gegenüber Rechtswirkung haben können, da selbstverständlich dem Begriffe nach die Anschließung, so lange nicht etwa eine nothwendige Streitgenossenschaft auf Seiten der Gegenpartei vorliegt, nur in Beziehung auf solche Prozeßgegner Bedeutung hat, die ihrerseits ein Rechtsmittel eingelegt haben, und da hier wohl der Bekl. zu 1 Berufung eingelegt hatte, nicht aber der Bekl. zu 2, welcher dies, da das L. G. völlig zu seinen Gunsten erkannt hatte, auch gar nicht hätte thun können. Jedoch war jedenfalls darin dem O. L. G. beizutreten, daß die Erklärung, gegen ein gewisses Urtheil Berufung einzulegen, auch in der Form abgegeben werden könne, daß man erkläre, Anschlußberufung einzulegen, wobei dann diese Bezeichnung des Rechtsmittels als ein rechtlich bedeutungsloser Hinweis darauf gelten müßte, daß auch von gegnerischer Seite schon Berufung eingelegt sei. Hierbei ist natürlich vorausgesetzt, daß, wie im vorliegenden Falle, im Uebrigen Alles beobachtet sei, was zur Einlegung der Berufung erforderlich ist, daß insbesondere der innerhalb der Berufungsfrist zugestellte Schriftsatz eine Ladung zur mündlichen Verhandlung auf einen vom Vorsitzenden des B. G. zu bestimmenden und sodann auch von ihm bestimmten Termin enthalte. Immerhin könnte man auch unter dieser Voraussetzung die Willensmeinung des Einlegenden leicht dahin auffassen, daß er die Berufung doch nur demjenigen Gegner gegenüber einlegen wolle, der seinerseits schon Berufung eingelegt habe. Indessen fällt auch dieses Bedenken dann weg, wenn, wie hier, nur zwei Gegner des Einlegenden vorhanden sind, und diese Gegner ausdrücklich im Plural geladen werden; wobei für den vorliegenden Fall unterstützend noch in Betracht kommt, daß bei dieser Ladung am Schlusse des Schriftsatzes schlechtweg nur noch von „Berufung" und „Berufungsbeklagten" die Rede ist. VI. C. S. i. S. Bielenberg'sches Familienfideikommiß c. Hamburgische Finanzdeputation vom 14. Mai 1888, Nr. 77/88 VI.

6. Die Revision führt aus: Die Berufungsschrift sei statt dem Prozeßbevollmächtigten der Bekl. einem anderen Rechtsanwalte aus einem Irrthum des Prozeßbevollmächtigten des Kl. für die Berufungsinstanz, welcher vollständig entschuldbar sei, zugestellt; sei nun die Berufungsschrift innerhalb der Frist in die rechten Hände gelangt, was aufzuklären gewesen wäre, so müsse die Frist als gewahrt gelten. Diese Ansicht kann aber angesichts der §§ 479 und 164 C. P. O. nicht als richtig angesehen werden. Darnach gehört es zu den Förmlichkeiten der Berufungseinlegung, daß die Zustellung der Berufungsschrift, wenn, wie in dem vorliegenden Fall, von dem Gegner für die Berufungsinstanz ein Prozeßbevollmächtigter noch nicht bestellt ist, an den Prozeßbevollmächtigten des Gegners für die I. J. erfolgt. Es genügt nicht, daß die Berufungsschrift innerhalb der Berufungsfrist an denselben gelangt, sie muß vielmehr demselben zugestellt sein. Ist dieses nicht geschehen, so sind die Förmlichkeiten der Berufungseinlegung nicht gewahrt; mag auch die rechtzeitige Zustellung an dem erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten des Gegners aus einem entschuldbaren Irrthum unterblieben sein. In einem solchen Fall kann unter den desfalls vorgeschriebenen Voraussetzungen durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Frist geholfen werden. VI. C. S. i. S. Schneider c. Siegener Dynamitfabrik vom 4. Juni 1888, Nr. 93/88 VI.

7. Das von der Kl. in erster Linie erhobene Bedenken, ob der II. R. eine Anschlußberufung als rite erfolgt annehmen und beachten durfte, obgleich die Anschließung nicht ausdrücklich erklärt worden sei, ist nicht begründet. Die C. P. O. schreibt für die Einlegung der Anschlußberufung irgend eine Form nicht

vor; vergl. §§ 482, 483. Nach den Motiven zu diesen Paragraphen (Entwurf §§ 461, 462) — S. 304 — erfolgt die Anschließung erst durch die Stellung der bezüglichen Anträge in der mündlichen Verhandlung; durch diese Anträge bezw. durch Zulassung der Anschließung wird das Recht des Berufungsbekl., bei vollständigerer Aufklärung der Sachlage auch für sich eine derselben entsprechende Entscheidung zu verlangen, gewahrt. Demnach ist das Wesen der Anschließung in den Antrog gelegt, welchen der Berufungsbekl. bei der mündlichen Verhandlung über die Berufung stellt und durch welchen die Grenzen mit bestimmt werden, innerhalb deren der Rechtsstreit von Neuem zu verhandeln; vergl. Entscheidungen des R. G. Bd. VII S. 345; Bd. XII S. 435; Bd. XIII S. 358. Durch den von den Berufungsbekl. bei der Verhandlung vom 20. Dezember 1887 gestellten Antrag auf Abänderung des ersten Urtheils war schon die Anschließung in genügender Weise erklärt. VI. C. S. i. S. Buckel c. Schulmann vom 29. Mai 1888, Nr. 76/88 VI.

8. Mit unzweideutigen Worten schreibt der § 647 der C. P. P. vor, daß, wenn die Wiederaufnahme des Verfahrens oder die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt wird, das Gericht die Einstellung des beantragten Zwangsverfahrens mehr oder weniger unbeschränkt anordnen kann, und daß eine Anfechtung dieses Beschlusses nicht stattfinde. Wenn nun § 657 schlechthin und allgemein bestimmt, daß gegen ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urtheil der Einspruch eingelegt wird, „die Vorschriften des § 647 entsprechende Anwendung finden“, so gilt dies auch von der Vorschrift der Unanfechtbarkeit des Beschlusses. Eine „entsprechende“ Anwendung würde es aber nicht sein, wenn man mit dem Beschwerdeführer diese positive Vorschrift auf den Fall des Einspruchs oder eines Rechtsmittels für unanwendbar erklären wollte, weil die Lage der Sache hier eine andere sei und es nicht angemessen sein würde, die erstinstanzliche Entscheidung unanfechtbar zu stellen. Erwägungen dieser Art sind lediglich de lege ferenda, können aber dem klaren Wortlaut des Gesetzes gegenüber nicht in Betracht kommen. III. C. S. i. S. Rostock c. Thienr vom 5. Juni 1888, B. Nr. 56/88 III.

9. Die Streitfrage, ob gegen die Widerspruchsklage gegen den Arrest (C. P. O. § 804) eine Widerklage auf Feststellung des Rechtsverhältnisses oder Erfüllung der Obligation statthaft oder — sei es wegen Ungleichartigkeit der Prozeßart, sei es wegen Mangels der Konnexität — unzulässig ist, bedarf hier keiner Entscheidung. Jedenfalls gegenüber der vorliegenden Aufhebungsklage wegen veränderter Umstände (§ 807 der C. P. O.). ist die Zulässigkeit mit Recht verneint. Denn es fehlt dafür an dem nothwendigen rechtlichen (Entscheidungen des R. G. Bd. XI S. 423) Zusammenhange zwischen „Klage und Widerklage“. Die wechselseitigen Ansprüche haben weder einen gemeinsamen Thatbestand, noch stehen sie zu einander in einem Präjudizialverhältniß. Der Anspruch der Kl., wesentlich formaler Natur und gerichtet auf Beseitigung des Arrestes und seiner Wirkungen wegen Wegfalls seiner Voraussetzungen, ist gegründet auf das im Vorprozeß ergangene, abweisende Judikat. Die Bekl. dagegen begehren Zahlung einer Geldsumme auf Grund nützlicher Verwendung, indem sie behaupten, daß dieser Anspruch durch den Arrest mitgedeckt werde. Ebensowenig besteht ein rechtlicher Zusammenhang zwischen dem Gegenanspruch und den vorgebrachten Vertheidigungsmitteln. Denn die Bekl. erheben gegen die Vorklage keinen selbstständigen Einwand, sondern verhalten sich im Wesentlichen bestreitend, indem sie ausführen, daß die Kl. den Anspruch, für den der Arrest angelegt worden, unrichtig qualifiziren und den Arrestbefehl unnöthig auslegen. V. C. S. i. S. Dames c. Prodell vom 12. Mai 1888, Nr. 62/88 V.

II. Das Handelsrecht.

10. Die mit der Feststellung des Statuts und der Uebernahme sämmtlicher Aktien Seitens der Gründer errichtete Gesellschaft ist allerdings vor ihrer Eintragung noch keine Aktiengesellschaft, wohl aber eine Gesellschaft, die nach dem Gedanken des Gesetzes allein auf der Grundlage, die sie bei ihrer Errichtung gehabt hat, nicht auf einer davon wesentlich verschiedenen Grundlage zur Aktiengesellschaft erhoben werden soll. Der rechtspolitische Grund dieser Auffassung ist in der Erwägung zu suchen, daß jene Gesellschaft schon, bevor sie durch Eintragung zur Aktiengesellschaft wird, im Rechtsverkehr thätig sein kann und die Aktien schon vor jenem Zeitpunkte als geeignete Gegenstände des Rechtsverkehrs erscheinen. Demgegenüber hat das Gesetz, um der Möglichkeit einer Verdunkelung der rechtlichen Beziehungen vorzubeugen, die Entstehung der Aktiengesellschaft rechtlich, wenn auch nicht der Zeit nach, unmittelbar an die nach Vereinbarung der Statuten durch die Uebernahme der Aktien Seitens der Gründer erfolgende Errichtung der Gesellschaft anknüpfen und solchergestalt dem Publikum durch Festhalten der Gründer bei den rechtlichen Beziehungen, wie sie in dem Zeitpunkte jener Errichtung sich gestaltet haben, Schutz gewähren wollen. Damit ist allerdings keine Gewähr für die Entstehung der Aktiengesellschaft überhaupt gegeben. Die Gründer befinden sich immerhin in der Möglichkeit, die Aktiengesellschaft durch Nichtherbeiführung der Eintragung auf der ihr in dem Errichtungsvertrage gegebenen Grundlage überhaupt nicht zur Entstehung gelangen zu lassen und dagegen eine neue Gesellschaft auf anderer Grundlage zu errichten und zur Eintragung zu bringen. Allein wenn eine Aktiengesellschaft auf der Grundlage derjenigen Gründungsverhandlungen, welche zur Uebernahme aller Aktien durch die Gründer geführt haben, überall zur Entstehung gelangen soll, so will das Gesetz, daß dabei die Grundlagen festgehalten werden, wie sie bei der nach Maßgabe des Art. 209d vollzogenen Errichtung der Gesellschaft sich gestaltet haben. IV. C. S. i. S. Chem. Prod. Fabr. Altdamm c. Fiskus vom 7. Mai 1888, Nr. 41/88 IV.

11. Für Vereinigungen zu einzelnen Handelsgeschäften stellt Art. 269 des H. G. B. als Regel auf: daß aus Geschäften, welche ein Theilnehmer mit einem Dritten geschlossen hat, der Erstere dem Dritten gegenüber allein berechtigt und verpflichtet ist. Im Gegensatz hierzu sieht das H. G. B. bei der offenen Handelsgesellschaft, sofern nichts Anderes verabredet ist, jeden Gesellschafter dem Dritten gegenüber als Prokuraführer, den Alter ego der übrigen Gesellschafter an, ja es läßt Dritten gegenüber nur die gänzliche Ausschließung des einzelnen Gesellschafters und nur die Beschränkung zu: daß mehrere Gesellschafter nur gemeinsam zur Vertretung der Gesellschaft für befugt erklärt werden. (Art. 86 und Muckower Not. 8a zu demselben; Art. 115. 116.) Die Befugniß die Gesellschaft zu vertreten

und dadurch die übrigen Gesellschafter zu berechtigen und zu verpflichten (Art. 114. 112) steht dem einzelnen Gesellschafter hiernach schon kraft seiner Mitgliedschaft ohne besonderen Auftrag zu; die Ausschließung des einzelnen Gesellschafters von dieser Befugniß erfordert eine besondere Abrede und diese Abrede ist das Gegentheil einer Vollmacht oder Prokura, aber nicht eine Vollmacht oder Prokura an die Gesellschafter, welche die Vertretungsbefugniß behalten, die geschäftsführenden Gesellschafter. Dagegen ist dem einzelnen Theilnehmer einer Gelegenheitsgesellschaft eine solche Vertretungsbefugniß durch das Gesetz nicht gegeben; sie kann ihm nach Art. 269 nur durch eine kontraktliche Abrede gegeben werden und diese Abrede stellt sich daher als ein von dem die Vereinigung begründenden Vertrage verschiedenes Geschäft dar, welches, wenn schriftlich geschlossen, nach Nr. 1 der „allgemeinen Vorschriften bei Gebrauch des Tarifs" sich als stempelpflichtig darstellt. Dasselbe ist, da es den Inhalt hat, daß dadurch die übrigen Theilnehmer einem Theilnehmer das Recht ertheilen, Geschäfte für sie und statt ihrer zu betreiben, nach § 5 Thl. I Tit. 13 A. L. R. Auftrag oder Vollmacht. Als Auftrag bezeichnet denn auch der zweite Absatz des Art. 269 diese Abrede. Die Befugniß, die übrigen Gemeinschaften durch seine Handlungen dem Dritten gegenüber zu berechtigen und zu verpflichten, ist, kurz gesagt, bei der offenen Handelsgesellschaft den einzelnen Gesellschaftern ohne besonderen Auftrag durch das Gesetz, dagegen den Theilnehmern einer Gelegenheitsgesellschaft nur durch besonderen Vollmachtsvertrag gegeben. Daß das Vollmachtsverhältniß nicht dadurch ausgeschlossen ist, daß der betreffende Theilnehmer zugleich seine eigene Angelegenheit vertritt, bedarf keiner besonderen Darlegung; es ergiebt sich dies auch aus Art. 269. Die Ausführung der Kl.: daß ebensogut, wie nur einzelne Befugnisse der geschäftsführenden Mitglieder hervorgehoben seien, auch das geschäftsführende Mitglied, bezw. die von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Mitglieder namentlich hätten bezeichnet werden können und daß es bei einem Finanzkonsortium selbstverständlich sei, daß die später eintretenden Mitglieder durch die ursprünglichen Mitglieder von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind, widerlegt die obige Auffassung nicht. Denn darin, daß einer der Theilnehmer schlechthin als der geschäftsführende Theilnehmer bestimmt ist, muß man ebenso, als wenn er zu einzelnen bestimmt bezeichneten Geschäften ermächtigt ist, ein außerhalb des Vereinigungsvertrags liegendes Geschäft sehen und, wenn ohne eine solche Bezeichnung des einen Theilnehmers als geschäftsführenden die übrigen von der Geschäftsführung ausgeschlossen werden, so berechtigt und verpflichtet der von der Geschäftsführung nicht ausgeschlossene Theilnehmer gemäß Art. 269 durch die von ihm geschlossenen Geschäfte dem Dritten gegenüber nur sich allein, nicht aber die von der Geschäftsführung ausgeschlossenen übrigen Theilnehmer. Unerheblich ist dabei, ob die letztern von Hause aus der Vereinigung angehört haben oder derselben erst später beigetreten sind. IV. C. S. i. S. Diskonto-Gesellschaft c. Fiskus vom 28. Mai 1888, Nr. 51/88 IV.

12. Ein Delcrederekonto ist nicht eine Buchung behufs der Zurückbehaltung aus irgend einem beliebigen Grunde oder aus Gründen, die nach dem Belieben der Verwaltung der Gesellschaft wechseln könnten. Es hat vielmehr die ganz spezifische und feste Bedeutung einer Abschreibung auf die ausstehenden Forderungen, bei denen wegen ihrer Natur, insbesondere der längeren Dauer der Engagements, die Möglichkeit von Verlusten seitens eines sorgfältigen Kaufmanns, ohne daß deshalb gerade bestimmte Einzelforderungen als uneintreiblich oder unsicher zu bezeichnen und aus den Aktiven fortzulassen wären, für die Beurtheilung des Vermögensstandes in Berücksichtigung gezogen werden muß. (Vergl. Simon, die Bilanzen der Aktiengesellschaften S. 80—85, 105—111.) Ist es in dem Geschäftsverkehr begründet, daß dauernd Engagements solcher Art vorhanden sind, so erfolgen alljährliche Vermehrungen der Abschreibungen, indem dem Konto weitere Beträge zugeschrieben werden. Der Ausdruck ist ein figürlicher, indem der bilanzirende Kaufmann als eintretend mit Deckung für die Verluste an den Forderungen angesehen wird. I. C. S. i. S. Sangerhauser Aktienmaschinenfabrik c. Hartwig vom 28. März 1888, Nr. 414/87 I.

III. Sonstige Reichsgesetze.

Zum Personenstandsgesetz.

13. Der § 32 des R. Ges. vom 6. Februar 1875, die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung betreffend, schreibt vor, daß im Falle der Versagung der elterlichen Einwilligung zur Eheschließung den großjährigen Kindern die Klage auf richterliche Ergänzung zustehe. Nach herrschendem Sprachgebrauch ist unter einer Klage, welche in privatrechtlichen Verhältnissen die Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung bezweckt, der Regel nach ein vor den Prozeßrichter gehöriges, in den Formen des gewöhnlichen Prozesses sich bewegendes Verfahren zu verstehen. Daß das genannte R. Ges. von diesem regelmäßigen Sprachgebrauch nicht hat abweichen wollen, ist umsomehr anzunehmen, als schon zur Zeit der Erlassung des Gesetzes im größten Theile von Deutschland für die in dem § 32 hervorgehobenen Fälle der Prozeßweg anerkannt war, siehe v. Sicherer, Personenstand und Eheschließung, S. 192 Note 9. Auch die Motive des Gesetzes sprechen unzweideutig aus, daß die den großjährigen Kindern einzuräumende Klage vor dem Prozeßrichter anzubringen sei. Allerdings hat in den Verhandlungen des Reichstags ein Abgeordneter geäußert, der Ausdruck Klage sei nicht im technischen Sinne zu nehmen und bleibe deshalb der Landesgesetzgebung überlassen zu bestimmen, ob der Antrag auf Einwilligung zur Eheschließung zu den Sachen der streitigen oder freiwilligen Gerichtsbarkeit gehöre, siehe Stenographische Berichte des Reichstags von 1875, Bd. 2 S. 1031. Man muß es jedoch als unzutreffend bezeichnen, wenn von mehreren Kommentaren zu dem Civilehegesetz, siehe Hinschius, Kommentar S. 111 Nr. 91, v. Sicherer a. a. O. S. 192, v. Scheurl, Eherecht S. 178, A. M. Völk, Kommentar S. 78, jener Meinungsäußerung eines einzelnen Abgeordneten ein maßgebender Einfluß auf die Auslegung des R. Ges. eingeräumt wird. Denn nicht nur stehen der Aeußerung die widersprechenden Aeußerungen anderer Redner entgegen, siehe Stenographische Berichte a. a. O. S. 1034 und S. 1242, sondern es ist, worauf es vor allem ankommt, der Standpunkt des erstgedachten Abgeordneten in dem von den gesetzgebenden Faktoren festgestellten Gesetzestexte nicht zur Geltung gelangt. Der Umstand, welchen die Rkl. hervorhebt, daß nämlich zur Zeit der Emanation des Reichscivilehegesetzes ein einheitliches deutsches Prozeßverfahren noch nicht existirt habe, kann gegen die obige

Auslegung des § 32 nicht verwerthet werden. Auch zu jener Zeit war überall in Deutschland der Rechtsweg eröffnet; wenn daher das R. Ges. die Streitsachen wegen Erzwingung des Ehekonsenses vor den Prozeßrichter verwies, so war durch diese Normativbestimmung angeordnet, daß im einzelnen Falle dasjenige prozessualische Verfahren einzutreten habe, welches durch die Gerichtsordnung des betreffenden Bundesstaats bedingt war. An diesem Rechtszustand hat die deutsche C. P. O. eine Aenderung nur insofern herbeigeführt, als das Prozeßverfahren, welches auf die gemäß § 32 a. a. O. erhobenen Klagen zu erfolgen hat, einheitlich normirt und zwar dahin geordnet wurde, daß nicht die besonderen Vorschriften für Ehestreitigkeiten, sondern die Regeln des gewöhnlichen Verfahrens zur Anwendung kommen sollen. Aus allem folgt, daß den genannten Klagen im gesammten Deutschen Reich die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs nicht entgegengestellt werden kann und daß deshalb das Altenburgische Gesetz vom 13. Januar 1869, auf welches die Bekl. sich beruft und welches die Anträge auf Ergänzung des elterlichen Ehekonsenses an die Vormundschaftsbehörden verweist, nicht mehr für rechtswirksam zu erachten ist. III. C. S. i. S. Meuschke c. Knorr vom 8. Mai 1888, Nr. 41/88 III.

Zum Haftpflichtgesetz.

14. Die körperliche Verletzung des Kl. darf als „bei dem Betriebe einer Eisenbahn" erfolgt angesehen werden. Denn der Unfall ist mit der dem Eisenbahnbetriebe eigenen Gefährlichkeit insofern ursachlich verbunden, als dadurch, daß das dem lebhaften Durchgangsverkehr dienende Hauptgeleis zu dem fraglichen Schienentransporte mit benutzt werden mußte, die Arbeit des Schienenabladens zu einer besonders eiligen wurde und daß der Unfall möglicherweise unterblieben wäre, wenn das Geschäft unter anderen Verhältnissen mit der gehörigen Vorsicht hätte verrichtet werden können. Diese Möglichkeit reicht für die Unterstellung des Zusammenhanges hin, wie das R. G. bereits wiederholt (z. B. Entscheidungen in Civilsachen Bd. 3 Nr. 12 S. 20 f., Bd. 6 Nr. 9 S. 37 f.) in Uebereinstimmung mit dem R. O. H. G. (vergleiche dessen Entscheidungen Bd. 21 Nr. 4 S. 9 f.) ausgesprochen hat. VI. C. S. i. S. Fiskus c. Mühlbach vom 24. Mai 1888, Nr. 83/88 VI.

IV. Das Gemeine Recht.

15. Die Entscheidung des B. R. beruht auf einer unrichtigen Auffassung der gesetzlichen Voraussetzungen, der Entmündigung wegen Verschwendung, wie sie in der l. 1 pr. Dig. de cur. fur. 27. 10 und l. D. de tutor. 26. 5 (vgl. Paulus sent. sec. III 4 § 7) enthalten sind. Wenn es auch richtig ist, daß wirthschaftliche Unthätigkeit und Trunksucht für sich allein nicht genügen, eine Entmündigung wegen Verschwendung auszusprechen, (Urtheil des R. G. in Sachen Niefind wider Niefind vom 22. Februar 1887 III 273/86), vielmehr wesentliche Voraussetzung der Entmündigung wegen Verschwendung ist, daß Jemand eine verschwenderische Lebensweise führt, durch welche sein Vermögen zerrüttet und die Besorgniß erregt wird, daß sie zu seiner Verarmung führen müsse, so ist es doch rechtsirrthümlich, wenn das B. G. diese Voraussetzung im vorliegenden Falle deshalb für nicht gegeben erachtet, weil positive Handlungen, welche einen Hang des Kl. zur Verschwendung verrathen, fehlen, da nicht dargethan sei, daß er zur Befriedigung seiner Trunksucht Ausgaben gemacht habe, welche zu seinen Einnahmen in erheblichem Mißverhältnisse stehen; damit Jemand wegen Verschwendung entmündigt werden könne aber der Nachweis erforderlich sei, daß er bei seinen Ausgaben weder Maß noch Ziel zu halten weiß, daß er übermäßige, zu seinem Vermögen in keinem Verhältnisse stehende Ausgaben mache, welche bei fernerer Fortsetzung zu seiner Verarmung führen müssen. Wenn auch vorzugsweise in solchen unmäßigen Geldausgaben jene verschwenderische Lebensweise, der Hang zur zweck- und nutzlosen Vermögensverschleuderung sich geltend macht, so kann doch das Moment, daß Jemand verschwenderische Ausgaben im engeren Sinne, also übermäßige oder unnütze, in keinem Verhältnisse zu seinem Vermögen stehende Geldausgaben macht, nicht in der Art entscheidend sein, daß, wenn solche Ausgaben nicht nachgewiesen werden, eine Entmündigung wegen Verschwendung ausgeschlossen wäre. Es kann vielmehr unter Umständen eine Entmündigung wegen Verschwendung auch ohne diesen Nachweis eintreten, wenn ein die wirthschaftliche Existenz der betreffenden Person bedrohendes Verhalten vorliegt, welches einen Hang derselben zur Vermögensvergeudung erkennen läßt. Dieses ist aber im vorliegenden Falle unter Zugrundelegung der in dem Entmündigungsbeschlusse für festgestellt erachteten Thatsachen der Fall, indem darnach der Kl. nicht allein durch wirthschaftliche Unthätigkeit und schlechte Wirthschaftsführung seinen Hof, den Hauptbestandtheil seines Vermögens völlig verfallen läßt, so daß der Werth des Hofes innerhalb weniger Jahre auf den dritten Theil herabgesunken sein soll, sondern auch unvernünftige Handlungen vorgenommen hat, durch welche Vermögenswerthe vernichtet und der Bestand seines Vermögens in nicht unerheblichem Maße verringert ist. Es ist aber auch weiter rechtsirrthümlich, wenn das B. G. hervorhebt, einzelne Handlungen des Kl., von denen in den Verhandlungen die Rede gewesen, so das Erschießen eines Bullen, der Abschluß eines nachtheiligen Pachtvertrags, würden wohl als verschwenderische aufzufassen sein, wenn nicht zugleich genügend glaubhaft gemacht wäre, daß sie in unzurechnungsfähigem Zustande vorgenommen worden. Da es bei der Entmündigung wegen Verschwendung um eine Fürsorge für den Verschwender selbst und seine Angehörigen sich handelt, so kann es nicht entscheidend darauf ankommen, ob die seine und seiner Angehörigen Interessen gefährdenden Handlungen im Zustande der Trunkenheit vorgenommen sind. Wenn die Trunksucht zu einem Verhalten der betreffenden Person führt, daß durch die von ihr im trunkenen Zustande vorgenommenen unsinnigen Handlungen die wirthschaftliche Existenz gefährdet wird, so sind dieselben bei der Frage, ob eine Entmündigung gerechtfertigt sei, allerdings mit in Betracht zu ziehen. III. C. S. i. S. Penzhorn c. Penzhorn vom 15. Mai 1888, Nr. 42/88 III.

16. Das B. G. ist mit Recht davon ausgegangen, daß durch die Verpfändung der Forderung in Verbindung mit einer an den Bekl. geschehenen Denunziation den Verpfändern jede Befugniß über die verpfändete Forderung mit der Wirkung zu disponiren, daß dadurch eine Liberation des Bekl. dem Kl. gegenüber hätte bewirkt werden können, entzogen war, und daß andererseits mit der Denunziation jedes Recht des Bekl. aufhörte, sei es durch Zahlung an die Verpfänder, sei es durch einen sonstigen mit denselben abgeschlossenen Rechtsakt, von seiner Schuld sich zu befreien, und daß eine Denunziation auch vor Eintritt der Fälligkeit der durch das Pfand gesicherten Darlehns-

forderung des Kl. wirksam erfolgen konnte. Cedirt war die Forderung allerdings in der Gestalt, wie sie den St.'schen Erben, den Verpfändern, zustand, also mit der diesen zustehenden Befugniß, die Rückcession der verkauften Rechte zu verlangen, allein diese Befugniß war keineswegs, wie das B. G. richtig hervorhebt, eine Belastung oder Beschränkung der Kaufgeldforderung, sondern eine Erweiterung der Rechte der Verkäufer. Durch die bedingte Cession der Forderung wurde diese auf den Kl. mit der Wirkung übertragen, daß derselbe aus der verpfändeten Forderung seine Befriedigung sich verschaffen konnte, wenn der Schuldner zur Zeit der Fälligkeit der Forderung diese nicht bezahlte. Ohne Einwilligung des Pfandgläubigers darf aber der Pfandschuldner über die verpfändete Forderung zum Nachtheile des ersteren nicht disponiren, also auch nicht von einem ihm dem Schuldner gegenüber zustehenden Rechte Gebrauch machen, durch dessen Ausübung die verpfändete Forderung beseitigt, das bestehende Schuldverhältniß aufgehoben wird. Durch die Denunziation wird aber der Schuldner der verpfändeten und cedirten Forderung verhindert, mit Rechtswirksamkeit dem Cessionar gegenüber die Schuld durch irgend ein mit dem Gläubiger abgeschlossenes Rechtsgeschäft aufzuheben. III. C. S. i. S. Schlüter c. Sternheim vom 29. Mai 1888, Nr. 101/88 III.

17. Es ist die Annahme rechtsirrthümlich, daß gemeinrechtlich der Dienstherr aus dem Dienstmiethvertrage nicht nur dann auf Schadensersatz hafte, wenn er selbst die pflichtmäßige Sorgfalt in Beziehung auf die körperliche Integrität des Dienenden vernachlässigt hat, sondern auch wenn dies nur von Seiten eines seiner Angestellten geschehen ist. Jene körperliche Integrität ist ja nämlich nicht das von ihm, wie bei einer Werkverdingung, vertragsmäßig zu leistende Ergebniß seiner Thätigkeit, sondern es ist nur, wie bei anderen Verträgen, so auch beim Dienstmiethvertrage als eine Nebenfolge des zunächst auf etwas Anderes gerichteten Vertrages die Haftung jedes der Kontrahenten für den durch ein ihm in Ansehung des Vertragsgegenstandes zur Last fallendes fahrlässiges Verhalten dem andern Kontrahenten erwachsenen Schaden anzuerkennen. Weshalb also der Dienstherr im Falle eines hierher gehörigen Verschuldens eines seiner Angestellten weiter haften sollte, als für ein etwa bei der Auswahl des letzteren von ihm selbst begangenes Versehen, ist nicht abzusehen. Es ist eine ganz singuläre Vorschrift des § 2 des R. H. G., nach welcher in besonderen Fällen die Inhaber gewisser Betriebe auch für die von gewissen ihrer Angestellten verschuldeten Körperverletzungen aufzukommen haben. Auch ist nicht bekannt, daß bisher die Judikatur sich hierüber hinaus für eine so weit ausgedehnte Haftung des Dienstherrn ausgesprochen hätte. Was insbesondere frühere Entscheidungen des R. G. anlangt, so beruht die in den Entscheidungen in Civilsachen, Bd. 17 S. 106 ff., abgedruckte, die übrigens sich mit der vertragsmäßigen Haftung überhaupt nicht beschäftigt, auf der besonderen Bestimmung in § 367 Nr. 14 des Strafgesetzbuchs, durch welche, wie dort angenommen wird, dem Bauherrn die Verpflichtung auferlegt sei, persönlich für alle Zuwiderhandlungen, auch wenn sie nur von seinen Angestellten verschuldet seien, aufzukommen. In den Entscheidungen in Civilsachen, Bd. 8 S. 151 f. und Bd. 18 S. 176, ist aber nicht etwa eine Haftung des Dienstherrn aus dem Miethvertrage für hierher gehörige Verschuldungen aller seiner Angestellten vorausgesetzt, sondern nur die vertragsmäßige Haftung desjenigen Dienstherrn, der eine juristische Person ist (wie dort die Bekl. waren), für Verschuldungen seiner „Organe", seiner gesetzlichen Vertreter, und ist im Uebrigen nur davon ausgegangen, daß eine Verschuldung des Dienstherrn, beziehungsweise seines gesetzlichen Vertreters, in Fällen, wo andauernd ein mit pflichtmäßiger Sorgfalt präsumtiv nicht vereinbarer Zustand (verkehrte Konstruktion der zum Gebrauche bei der Arbeit bestimmten Karren, tagelange Schadhaftigkeit einer Treppe) bestanden hat, bis zum Exkulpationsbeweise ohne Weiteres anzunehmen sei. Wäre hier aber auch wirklich eine vertragsmäßige Haftung der Bekl. dem Arbeiter gegenüber für den durch den fraglichen Unfall ihm zugefügten Schaden begründet gewesen, so würde doch keinenfalls um deswillen auch eine entsprechende Verpflichtung derselben gegen die Hinterbliebenen als solche als bestehend anzuerkennen sein. Denn weder gehörten diese zu den Kontrahenten des Vertrages, noch könnte etwa eine Nebenberedung des betreffenden Inhaltes zu Gunsten derselben als Dritter für ein Naturale des Dienstmiethvertrages gelten. Die Folgerung aber, daß, weil einerseits bei positiv nachgewiesener Verschuldung einer Person an dem Tode des Ernährers gegen diese Personen den Hinterbliebenen ein Schadensersatzanspruch wegen entgangenen Unterhalts zugebilligt werde, und weil andererseits in Folge der neuesten Rechtsentwickelung es als vertragsmäßige Pflicht des Dienstherrn anerkannt sei, für seine, beziehungsweise seiner Angestellten etwanige Versehen in Beziehung auf die körperliche Integrität des Dienenden aufzukommen, nun auch ohne besonderen Nachweis einer Verschuldung des Dienstherrn der Letztere den Hinterbliebenen nach Analogie seiner vertragsmäßigen Haftung für den Tod ihres Ernährers verantwortlich sei, entbehrt der juristischen Schlüssigkeit durchaus, verwendet übrigens außerdem auch eine irrige Prämisse. Jene Rechtsfolge des Dienstmiethvertrages beruht nämlich keineswegs auf einer neuen Rechtsentwickelung; vielmehr gilt schon nach Römischem Rechte bei allen bonae fidei contractus der Satz, daß jeder Kontrahent einen durch sein Verschulden dem andern bei Ausführung des Vertrages entstandenen Schaden ersetzen müsse, mag dieser Satz in den Quellen auch beim Dienstmiethvertrage nicht gerade besonders zur Sprache kommen. Zuzugeben ist, daß man von einem gewissen Standpunkte aus daran Anstoß nehmen kann, daß unter Umständen Jemand im Falle der bloßen körperlichen Beschädigung eines Menschen schadensersatzpflichtig, wenn dagegen sogar der Tod desselben erfolgt, von jeder Haftung frei sein kann; aber jener Standpunkt ist nicht der unseres geltenden Rechtes. Dieses führt nämlich in Ansehung der rechtlichen Behandlung der Arbeitskraft freier Menschen keineswegs folgerichtig ein bestimmtes Prinzip durch. Würde dabei die rein ökonomische Auffassung zu Grunde gelegt, so müßte allerdings in den Fällen, wo der Verunglückte einen Anspruch auf Ersatz für seine Beschädigung hat, konsequenter Weise auch im Falle seiner völligen Vernichtung, wenn auch nicht gerade seinen Hinterbliebenen, so doch zunächst seinen Erben als solchen, als Bestandtheil der Erbschaft, ein entsprechender Schadensersatzanspruch zuerkannt werden. Aber das geltende Recht bekennt sich im Allgemeinen nicht zu der Auffassung, daß die menschliche Arbeitskraft rechtlich wie ein Vermögensstück zu behandeln sei, sondern ist grundsätzlich noch immer auf dem Standpunkte des Römischen

Rechtes verblieben, wonach „liberum corpus aestimationem non recipit“; nur *durchbrochen* ist dieses Prinzip schon im Römischen Rechte bei körperlicher *Beschädigung* eines freien Menschen, nach l. 13 pr. l. 5 § 3. l. 6. l. 7 pr. D. ad leg. Aq. 9, 2, l. 3 D. si quadr. 9, 1, l. 7 D. de his qui effud. 9, 3, im heutigen Rechte in gewisser Beziehung auch durch die gewohnheitsrechtlich zugelassene Deliktsklage der *Hinterbliebenen eines Getödteten* auf Schadensersatz, die übrigens auch in einer anderen Hinsicht sich dann als Singularität darstellt, wenn man mit dem R. G. (Entscheidungen in Civilsachen, Bd. 9 S. 163 ff.) die allgemeine Schadensersatzklage auch des blos obligatorisch Berechtigten leugnet. In diesen Beziehungen enthält auch der § 3 des R. H. G. keine Erweiterung gegenüber dem gemeinen Rechte. Auch der Entwurf des B. G. B. für das deutsche Reich, welcher in seinen §§ 722—725 die deliktsmäßigen Folgen der widerrechtlichen Tödtung eines Menschen regelt und dabei einzelne neue Schadensersatzansprüche einführen will, ist weit davon entfernt geblieben, etwa das dem Römischen entgegengesetzte Prinzip in dieser Materie folgerichtig durchzuführen. Bei diesem Mangel einer einheitlichen Auffassung der in Rede stehenden Verhältnisse im geltenden Rechte darf man sich nicht wundern, wenn auf diesem Gebiete die praktischen Ergebnisse in einzelnen Fällen des Rechtslebens der inneren Folgerichtigkeit zu entbehren scheinen. VI. C. S. i. S. Lübeckische Baudeputation c. Jacobs vom 24. Mai 1888, Nr. 80/88 VI.

V. Das Preußische Allgemeine Landrecht.

18. Das Pr. A. L. R. bestimmt in dem § 450 Tit. 5 Thl. I, daß Mitberechtigte das gemeinschaftliche Recht in der Regel nur *gemeinschaftlich* ausüben können. Die Aufrechnung ist eine Ausübung des Rechts auf das Aufgerechnete. I. C. S. i. S. Kinkel c. Girard vom 26. Mai 1888, Nr. 13t/88 I.

19. Der vom B. R. in Bezug genommene Plenarbeschluß des Preußischen Obertribunals vom 7. Juni 1852 (Entscheidungen Bd. 23 S. 252, 267) verneint, daß zur Begründung des mit der Eigenthumsfreiheitsklage geltend gemachten Anspruches auf Schadensersatz eine *besondere* Verschuldung nachgewiesen werden müsse, vermöge deren die schädigende Handlung (im concreten Falle die Immission von Dämpfen) als *ein in dem vorliegenden Falle* erkanntes oder erkennbares Unrecht *wider den Beschädigten* dem Bekl. zu imputiren sei. Wenn der B. R. *unter Hinweis auf diesen Plenarbeschluß* sagt, ein Weiteres, als die Feststellung, daß die Nässe im Hause der Kl. auf das Durchdringen aus dem Grundstücke des Bekl. durch die nicht genügend isolirte Grenzwand zurückzuführen sei und daß sie der Kl. schade, sei nicht erforderlich, um die Verpflichtung des Bekl. zur Verhütung des schädigenden Einflusses und zur *Erstattung des entstandenen und entstehenden Schadens* auszusprechen, so hat er damit nur das Erforderniß einer *besonderen* Verschuldung *im Sinne des von ihm angezogenen Plenarbeschlusses* ausgeschlossen, nicht aber bestritten, daß der Schadensanspruch durch ein Verschulden in dem Sinne bedingt sei, daß der Bekl. die Möglichkeit einer für Andere in irgend einer Weise schädigenden Wirkung seines Verhaltens bei Anwendung der schuldigen Aufmerksamkeit habe erkennen können. Wenn man aber auch in diesem Sinne ein Verschulden des Bekl. als Voraussetzung des Schadensanspruches anerkennen will, so ist doch eine ausdrückliche Feststellung, daß ein solches Verschulden nachgewiesen sei, nicht unter allen Umständen für geboten zu erachten. In vielen Fällen wird, wie das Erkenntniß des R. G. vom 29. März 1882 (Entscheidungen Bd. 6 S. 222) sagt, das Moment der Verschuldung aus der Erzählung des thatsächlichen Vorganges sich ergeben, durch welche die Verletzung begründet wird, so daß beim Mangel der Darlegung *entschuldigender* Momente die bewußte oder fahrlässige Rechtswidrigkeit ohne Weiteres festzustellen ist. So liegt der Fall auch hier. Die ausdrückliche Feststellung, daß der Bekl. bei Anwendung schuldiger Aufmerksamkeit zu der Erkenntniß habe kommen können und müssen, daß die durch seine Thätigkeit, den Brauereibetrieb, erzeugte Feuchtigkeit Dritte schädigen *könne*, durfte der B. R. für entbehrlich halten, weil in beiden Instanzen der Bekl. einen Einwand, daß der Nachweis seines Verschuldens fehle, nicht geltend gemacht, geschweige denn entschuldigende Momente hervorgehoben, im Gegentheil die Erkennbarkeit der Schädigung durch sein eigenes Anführen, daß er im Jahre 1885, also zehn Jahre nach Beginn seines Betriebes, zur Anlegung der von den Sachverständigen als ungenügend erkannten Schutzvorrichtungen übergegangen sei, stillschweigend zugegeben hat. V. C. S. i. S. Wiesner c. Melzer vom 26. Mai 1888, Nr. 71/88 V.

20. Es ist freilich im Gebiet des Pr. A. L. R. bezweifelt worden, ob ohne gleichzeitige Ersitzung des Eigenthums eine erlöschende Verjährung der Vindikationsklage anzuerkennen sei. Vergl. *Gruchot*, Beiträge, Bd. 7 S. 417 ff. und die dort angeführten Schriftsteller und Urtheile des Appellationsgerichts zu Hamm. Die Ansicht wird darauf gestützt, daß das A. L. R. eine Klagenverjährung im gemeinrechtlichen Sinne nicht kennt, sondern nur eine erlöschende Verjährung der Rechte selbst durch Nichtgebrauch, woraus geschlossen wird, daß die Nichtanstellung der Klage nur dann, wenn sich das Recht in einer entgegenstehenden persönlichen (Obligation) oder sachlichen (jura in re) Verpflichtung erschöpfe, den Untergang des Rechts zur Folge haben könne, wo dies aber, wie beim Eigenthum und Erbrecht, nicht der Fall sei, einflußlos bleiben müsse. Auch wird auf die Unzuträglichkeiten hingewiesen, welche daraus entstehen können, daß der Eigenthümer des Schutzes seines Eigenthums beraubt wird, ohne gleichzeitigen Erwerb des Eigenthums seitens des Besitzers. In letzterer Beziehung, die freilich ohnehin für den Richter nicht ausschlaggebend sein kann, ist jedoch darauf hinzuweisen, daß diese an sich nicht zu verkennenden Unzuträglichkeiten durch die neuere Gesetzgebung auf dem Gebiet des Handelsrechts und des Immobiliarsachenrechts wesentlich an ihrer Bedeutung verloren haben und überhaupt von keinem erheblichen praktischen Gewicht sind, jedenfalls im Gebiet des gemeinen Rechts nicht hervorgetreten und auch bei der Ausarbeitung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich nicht für erheblich genug erachtet worden sind, um eine Verjährung der Vindikationsklage und des Erbschaftsanspruchs auszuschließen. Vergl. Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich. Amtliche Ausgabe 1888 Bd. 1 S. 292 ff. Aber auch die aus den Bestimmungen des A. L. R. entnommenen Gründe reichen nicht aus, um eine Unverjährbarkeit der Vindikation anzunehmen. Es mag zuzugeben sein, daß eine folgerichtige Durchführung des landrechtlichen Instituts der erlöschen-

den Verjährung zu einer Ausschließung der Verjährung der Vindikationsklage geführt haben würde. Dabei müßte aber der Vorbehalt gemacht werden: wenn den damaligen Gesetzgebern schon der heutige rechtswissenschaftliche Begriff der Klage, als eines nicht selbständigen Rechts für sich, sondern als eines Ausflusses des ihr zu Grunde liegenden dinglichen oder persönlichen Rechts, geläufig gewesen wäre. Diese Voraussetzung trifft aber nicht zu, sondern es ist nach dem damaligen Standpunkt der Rechtswissenschaft erklärlich, wenn neben der im § 76 der Einleitung zum A. L. R. hervortretenden richtigeren Anschauung die Vorstellung wirksam blieb, daß das Klagerecht ein zwar mit der zu Grunde liegenden Berechtigung verbundenes, aber doch mehr oder weniger selbständiges Nebenrecht darstelle. Daraus erklärt sich die Bestimmung des § 504 Thl. I Tit. 9 des A. L. R.: daß Rechte des Eigenthums durch die Gebrauchsunterlassung nicht erlöschen so lange die Sache .... in dem Besitz des Eigenthümers sich befindet, welche von jeher mit gutem Grunde durch die höchstrichterliche Rechtsprechung dahin aufgefaßt worden ist, daß, sobald der Besitz nicht mehr beim Eigenthümer sei, die Eigenthumsrechte, und darunter auch die Eigenthumsklage durch Nichtgebrauch erlöschen können. V. C. S. i. S. Domkirchengemeinde zu Minden c. Stadt Minden vom 2. Juni 1888, Nr. 84/88 V.

21. Kl. bemängelt die Auslegung des § 263 Thl. 1 Tit. 12 des A. Pr. L. R. dahin, daß, wenn in einem Testamente Personen nur bestimmte Sachen oder Summen zu ihrem Erbtheile ausdrücklich angewiesen werden, diese Personen nicht nur im Verhältnisse zu den übrigen Erben, sondern auch gegenüber den Erbschaftsgläubigern als bloße Legatare betrachtet werden, mithin den Erbschaftsgläubigern zunächst nicht zu haften haben. Dieser Angriff kann nicht von Erfolg sein. — Die Ansicht der Vorinstanz entspricht nicht nur der Doktrin des Preußischen Rechts, sondern auch der konstanten Praxis des vormaligen Königlichen Preußischen Obertribunals; vergl. Entscheidungen des Obertribunals Bd. XV Nr. 17, Bd. XXI Nr. 30, Bd. XXII Nr. 28; Striethorst Bd. VIII Nr. 30, Bd. XVI Nr. 21 und 70, XCIX Nr. 1, dann außer den in II. J. angeführten Autoren Bornemann, System Darst. p. 2 Ausgabe III § 367 S. 60, Daniels, Lehrbuch III § 18 S. 19, Koch, Kommentar Bd. II S. 68, 69 und Preußisches Erbrecht Bd. II § 2 und § 41, Grachot, Preußisches Erbrecht I S. 534, und ebenso hat sich das R. G., I. C. S., in der Sache I 308/80 unterm 1. Dezember 1880 jener Ansicht bereits angeschlossen. IV. C. S. i. S. Buckel c. Schulmann vom 24. Mai 1888, Nr. 76/88 IV.

22. Für das Gebiet des Pr. A. L. R. ist es anerkannten Rechtens, daß der Testamentsvollstrecker als solcher, welcher es bestimmungsmäßig nur mit der Konstituirung, Verwaltung und Vertheilung des Nachlasses zu thun hat, bei Streitigkeiten über das Erbrecht weder zur Vertretung der Testamentserben überhaupt gegen die Ansprüche gesetzlicher Erben noch zur Vertretung einiger Erben gegen die Ansprüche Mitberufener berechtigt ist. Es liegt kein Anlaß vor, diesen von der Praxis stets befolgten und von der Doktrin durchweg gebilligten Rechtssatz in Zweifel zu ziehen. Wenngleich, was die Deszendenzen anlangt, deren Erbfähigkeit in der Doktrin streitig ist, so herrscht doch darüber Einverständniß, daß auch den noch nicht konzipirten Nachkommen, falls es sich um Wahrnehmung ihrer Rechte handelt, Pfleger zu bestellen sind, mit welchen alle hinsichtlich jener Rechte entstehenden Streitigkeiten zum ordnungsmäßigen Austrag gebracht werden können und müssen. IV. C. S. i. S. Gerstel c. Gerstel vom 31. Mai 1888, Nr. 56/88 IV.

23. Was die Voraussetzungen des Anspruchs aus der nützlichen Verwendung nach den Vorschriften des Pr. A. L. R. anbetrifft, so ist an der bisher vom R. G. vertretenen Auffassung festzuhalten, nach welcher derselbe dadurch nicht ausgeschlossen wird, daß der ihm zu Grunde liegende Uebergang eines Vermögensstücks aus dem Vermögen des Versionsklägers in das des Versionsbeklagten sich nicht unmittelbar zwischen diesen Personen vollzogen hat, sondern durch das Rechtsgeschäft eines Dritten vermittelt ist (Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. I S. 143 flg., 159 flg.; Urtheil des VI. C. S. des R. G. vom 16. Februar 1886, in Sachen Benkmann wider Matschuck — VI. 315/87 —). Die Richtigkeit dieser Auffassung ergiebt sich nicht nur aus der in den angeführten Entscheidungen dargelegten Entwickelung der fraglichen Klage im Gebiete des Gemeinen Rechts, an welche die Verfasser des A. L. R. offenbar anzuknüpfen beabsichtigt haben, in Verbindung mit der dieser Absicht entsprechenden weiten Fassung der grundlegenden Bestimmungen des Gesetzbuchs (§§ 262 flg. Thl. I Tit. 13 des A. L. R.), sondern auch aus einer Reihe einzelner Gesetzesvorschriften, welche sich unverkennbar als Ausflüsse eines allgemeinen Rechtssatzes von jenem Inhalt kennzeichnen (A. L. R. Thl. 1 Tit. 17 § 236, Thl. II Tit. 1 § 324, § 600, Thl. II Tit. 2 § 126). Die hiergegen von verschiedenen Schriftstellern vorgebrachten Argumente beruhen theils auf Verkennung der wahren Bedeutung der eben erwähnten Anwendungsfälle, theils legen sie entscheidendes Gewicht auf formal-rechtliche Gesichtspunkte, welche bei diesem von Anfang an auf Billigkeit gegründeten Rechtsinstitute nicht durchzuschlagen vermögen und der praktischen Durchführung des Verwendungsanspruchs ernstliche Schwierigkeiten nicht bereiten. — Dagegen giebt zu Zweifeln Anlaß die genaue Bestimmung des Verhältnisses, welches zwischen der Mittelsperson und dem Bekl. obwalten muß, um die durch die Hand des ersteren herbeigeführte Bereicherung des letzteren noch als eine aus dem Vermögen des Versionsklägers herrührende erscheinen zu lassen. In dieser Beziehung ist als durch die angezogene Rechtsprechung des R. G. klargelegt anzusehen, daß der Versionsanspruch — seine sonstigen Erfordernisse vorausgesetzt — dann gegeben ist, wenn die Mittelsperson bei Abschluß des für die Verwendung ursächlich gewordenen Erwerbsgeschäfts in — offener oder dem Gegenkontrahenten verdeckter — Stellvertretung des Versionsbeklagten gehandelt hat und gleichwohl die Bedingungen einer unmittelbaren vertraglichen Haftung des letzteren gegenüber dem Gegenkontrahenten der Mittelsperson nicht vorliegen, sei es, daß jene Stellvertretung lediglich auf dem Willen der Mittelsperson beruht oder sich aus anderweiten Verhältnissen ergeben hat, kraft welcher der Erwerb aus dem gedachten Geschäfte dem Vermögen des Versionsbeklagten zu Gute kommen mußte. Letzteres wird namentlich der Fall sein, wenn das Geschäft mit Bezug auf ein von der Mittelsperson verwaltetes fremdes Vermögen oder eine in ihrem und des Versionsbeklagten Miteigenthume stehende Sache geschlossen ist, und in solchem Sinne ist in den gedachten Urtheilen des R. G. von einer „thatsächlichen“ oder „materiellen“

Stellvertretung und von einem „objektiv" dem Interesse des Bekl. dienenden Handeln gewisser Mittelspersonen die Rede. — Die Begründung des B. U., welche das Vorhandensein eines so gearteten Stellvertretungsverhältnisses zwischen dem Bekl. und seinem Sohne zur Zeit des Erwerbes der fraglichen Geldbeträge von Seiten des letzteren für nicht dargelegt erachtet, macht indeß die Entscheidung der Frage nothwendig, ob in jenem Verhältnisse eine unerläßliche Voraussetzung des Anspruchs aus der mittelbaren Verwendung zu finden sei oder ob es nicht — wenigstens unter gewissen Umständen — genüge, wenn nur bei der Verwendung des Erworbenen für den Bekl. auf Seiten der Mittelsperson, sei es auch in Folge eines erst nach dem Erwerbe gefaßten Entschlusses, der Hinblick auf das Interesse des Bekl. allein leitend gewesen ist und sich in dieser Weise eine Geschäftsführung zu Gunsten des letzteren bethätigt hat. Für die zweite Alternative scheint die Fassung der einschlägigen landrechtlichen Vorschriften zu sprechen, welche weniger Gewicht legen auf die sonstigen Beziehungen zwischen den an dem fraglichen Rechtsverhältnisse betheiligten Personen als auf den thatsächlichen Erfolg der eines materiellen Grundes ermangelnden Bereicherung des Einen auf Kosten des Anderen. Insbesondere gilt dies von der Vorschrift des § 276 Thl. I Tit. 13 des A. L. R., wonach derjenige, welcher eine Sache, in der Verwendungen des Versionsklägers stecken, von dem eigentlich zu deren Vergütung Verpflichteten unentgeltlich erworben hat, dafür so weit haftet, als zur Zeit der Erwerbung der dadurch bewirkte Vortheil noch wirklich vorhanden war. Allein überwiegende Gründe rechtfertigen die Einschränkung des Versionsanspruchs im Sinne der ersten Alternative. Nur ein Verhältniß, welches von Anfang an bei dem in Frage stehenden Erwerbsgeschäfte die — in eigenem Namen handelnde — Mittelsperson als Geschäftsführer des demnächstigen Versionsbeklagten in dem oben klargelegten Sinne charakterisirt, erscheint geeignet in seiner konsequenten Fortentwickelung eine direkte obligatorische Beziehung zwischen den Inhabern derjenigen Vermögen herzustellen, welche nach dem Willen der Mittelsperson durch deren rechtsgeschäftliche Thätigkeit allein betroffen werden sollten und im Erfolge auch allein betroffen sind. Das Fehlen dieses Bandes vermag nicht durch irgendwelche Disposition der Mittelsperson über das Erworbene ersetzt zu werden, welche sich nicht als Konsequenz der geschäftlichen Absicht bei der Vollziehung des Erwerbsgeschäfts, sondern als selbständige Bethätigung eines neuen Entschlusses darstellt und deshalb den Rechtskreis desjenigen, aus dessen Vermögen der Erwerb gemacht ist, unberührt lassen muß. Die gegentheilige Meinung würde unvermeidlich zu derjenigen Schrankenlosigkeit der Versionsklage führen, welche, indem sie Alles auf den Erfolg einer unbillig erscheinenden Vermögensänderung abstellt, in prinzipwidriger Weise den fundamentalen Unterschied zwischen obligatorischen und dinglichen Sachen aufhebt, eine vage Billigkeit an die Stelle konkret begründeter Rechte setzt und daher mit gutem Grunde von der neueren Doktrin des Gemeinen wie des Preußischen Rechts übereinstimmend abgelehnt ist. Die Vorschriften des A. L. R. nöthigen nicht zu der Annahme, daß sich das Gesetzbuch in der vorliegenden Materie mit den auch in ihm anerkannten allgemeinen Rechtsprinzipien habe in Widerspruch setzen wollen und namentlich ist aus der Einzelvorschrift des § 276 cit. ein Rechtssatz des Inhalts, daß es auf das vorstehend gekennzeichnete Stellvertretungsverhältniß überall nicht ankomme, um so weniger abzuleiten, als solches in den übrigen im A. L. R. hervorgehobenen Anwendungsfällen der Versionsklage, welche oben angeführt sind, ohne Zweifel vorausgesetzt wird. IV. C. S. i. S. Sommerfeld c. Pollack vom 31. Mai 1888, Nr. 82/88 IV.

24. Der § 303 Tit. 16 Thl. 1 des Pr. A. L. R. ist eine Ausnahmevorschrift zum Schutze des Schuldners der mehreren Berechtigten gemeinschaftlich zustehenden Forderung, welcher zugleich Gläubiger eines der Mitberechtigten ist, für den Fall, daß die Mitberechtigten gegen ihn die gemeinschaftliche Forderung geltend machen, ist daher enge auszulegen. I. C. S. i. S. Kinkel c. Girard vom 26. Mai 1888, Nr. 131/88 I.

25. Bekanntlich hat die Regel des römischen Rechts, daß theilbare Forderungsrechte unter mehreren Berechtigten — falls nichts anderes verabredet worden — von selbst getheilt sind, (nomina ipso jure divisa) im A. L. R. keine Anerkennung gefunden; aber auch der entgegengesetzte Grundsatz ist als solcher allgemein nicht ausgesprochen, sondern nur in Anwendung auf bestimmte Gemeinschaften zum Ausdruck gelangt (§ 450 Tit. 5, § 151 Tit. 17 Thl. I des A. L. R.). Es hat denn auch von jeher in Wissenschaft und Praxis Zweifel und Zwiespalt über die Geltung und die Tragweite des jenen Vorschriften zu Grunde liegenden Rechtssatzes geherrscht, zumal eine Bestimmung der Allgemeinen Gerichtsordnung (§ 4 Nr. 7 Tit. 5) für die Getheiltheit theilbarer Forderungsrechte zu sprechen schien. (Vergl. Bornemann, Bd. II § 204, Koch, Privatrecht Bd. II § 517, Recht der Forderungen Bd. II § 64, Heydemann S. 231 not. 517, Förster, 3 Auflage, Bd. I § 63 S. 339 flg.; dagegen Eccius, 5. Auflage S. 353, 354 not. 8 Dernburg Bd. 2 § 51). In der That haben die oben erwähnten Vorschriften § 450 Tit. 5 und § 151 Tit. 17 Thl I des A. L. R. einen begrenzten Kreis ihrer Anwendbarkeit und können auf andere Gemeinschaften als die dort vorausgesetzten, soweit nicht eine zwingende Analogie vorliegt, nicht bezogen werden. § 450 Tit. 5 setzt voraus, daß die gemeinschaftliche Berechtigung dem Verpflichteten gegenüber durch Vertrag entstanden ist und bestimmt für diesen Fall, daß die Mitberechtigten (Vertragsgenossen) das gemeinschaftliche Recht in der Regel nur gemeinschaftlich ausüben können; § 151 Tit. 17: Auch die zur Erbschaft gehörenden Aktivforderungen können die Erben, so lange sie im Miteigenthum stehen, nur gemeinschaftlich einziehen, bezieht sich zunächst nur auf das erbschaftliche Miteigenthum, welches, wie oben näher ausgeführt ist, durch die Auseinandersetzung aufgehoben wird und, soweit die Theilung einzelner Nachlaßstücke ausgesetzt bleibt, die Natur des gewöhnlichen Miteigenthums annimmt. Hiernach kann die Frage, inwieweit das Prinzip der Ungetheiltheit gemeinschaftlicher Forderungsrechte auch andere Gemeinschaften als diejenigen, auf welche sich die § 450 Tit. 5, § 151 Tit. 17 beziehen, beherrscht und die Befugnisse der Betheiligten einschränkt, nur nach den Grundsätzen vom gemeinschaftlichen Eigenthum überhaupt (Abschnitt I Tit. 17 des A. L. R.) beurtheilt werden. Die §§ 4 und 10 daselbst bilden gewissermaßen die Pole, innerhalb deren sich die Befugnisse der Miteigenthümer bewegen und zwischen welchen ein Ausgleich zu suchen ist. Dabei ist nicht außer Acht zu lassen, daß diese Bestimmungen, sowie

überhaupt die Vorschriften jenes Abschnitts in erster Linie das Miteigenthum an Sachen (das römische condominium) im Auge haben. Nach § 4 a. a. O. gehört das Recht eines jeden Theilnehmers auf die gemeinschaftliche Sache zum besonderen Eigenthum desselben; nach § 10 aber kann kein Theilnehmer ohne Bestimmung der übrigen über die gemeinschaftliche Sache, deren Besitz oder Benutzung gültige Verfügungen treffen. Es steht also die freie Disposition über den Antheil dem Einzelnen, hingegen die über das Ganze nur der Gesammtheit der Betheiligten zu. Neben der freien Disposition über den Antheit sind dem Einzelnen von der Praxis auch noch gewisse, zur Sicherung seines Individualrechts erforderliche Befugnisse zur Verfolgung des *gemeinsamen* Rechts zugestanden worden, sofern dadurch weder die Rechte der übrigen Berechtigten beeinträchtigt werden, noch der Verpflichtete — falls ein solcher vorhanden — in eine nachtheiligere Lage gebracht wird. (Vergl. Entscheidungen des Obertribunals Bd. 68 S. 277). Um solche exceptionelle Befugnisse eines Mitberechtigten in Ansehung der gemeinschaftlichen Sache oder des *gemeinsamen* Rechts handelt es sich im vorliegenden Fall nicht, vielmehr um eine aus der Verfügungsbefugniß eines Mitberechtigten *über seinen Antheil* zu ziehende Konsequenz. In dieser Beziehung kann die Möglichkeit, daß eine Disposition über den Antheil in das Verfügungsrecht über die Sache oder das gemeinsame Recht selbst eingreife, bei dem Sacheigenthum überhaupt nicht entstehen, ebensowenig bei dinglichen Rechten oder Forderungen, deren Gegenstand Handlungen oder nicht fungible Sachen sind. Denn der *Antheil* eines Miteigenthümers an einer körperlichen Sache oder einem Recht der oben erwähnten Art ist, soweit er Gegenstand einer Disposition sein kann, innerlich verschieden von der Sache oder dem gemeinsamen Recht selbst. Er deckt sich inhaltlich nicht mit dem realen Theil, welcher bei einer Theilung des gemeinschaftlichen Eigenthums — die Theilbarkeit desselben vorausgesetzt — ihm gebühren oder zufallen würde. Anders bei Geldforderungen. Wer an einer Geldforderung von 1000 Mark zur Hälfte betheiligt ist, dessen Antheil beträgt 500 Mark. Diese logische Konsequenz kann durch den abstrakten Satz von der Ungetheiltheit gemeinsamer Forderungsrechte nicht beseitigt werden. Schon vor der Theilung steht nicht blos die Höhe des auf jeden Berechtigten fallenden Theilbetrages fest, sondern es sind auch inhaltlich nach der Theilung die einzelnen Bruchtheile der Forderung unter sich eben so wenig verschieden, als es vordem die ideellen Antheile waren. Was der Einzelne vor der Theilung hatte und was er nach der Theilung hat, deckt sich nach Umfang und Inhalt, nur mit der Maßgabe, daß die aus dem Vorhandensein der Mitberechtigten sich ergebenden Beschränkungen des Einzelnen mit der Theilung weggefallen sind. Es kann hiergegen auch nicht eingewendet werden, es stehe noch nicht fest, was ein jeder der mehreren Gläubiger bei der schließlichen Auseinandersetzung erhalten werde (Dernburg Band II Seite 123, 5. Auflage). Gewiß steht es den Betheiligten frei, die gemeinschaftliche Forderung anders als nach den bisherigen ideellen Antheilen zu vertheilen, die etwaigen Ansprüche einzelner aus der Kommunion durch Ueberweisung von Mehrbeträgen zu decken, auch einem der Mitgläubiger gegen Abfindung der andern die ganze Forderung zu übereignen. Dann geben eben einzelne der Mitberechtigten ihre Antheile ganz oder theilweise auf, sie veräußern dieselben an diejenigen, welche mehr erhalten, als auf ihre Quote fallen würde. Dazu kann aber kein Theilnehmer gezwungen werden (vergl. § 87 Tit. 17 Thl. I des A. L. R.), die in der Kommunion enthaltene Theilungsobligation (§ 75 a. a. O.) führt an sich immer nur zur Theilung nach den feststehenden Quoten (§ 104 a. a. O.) die bei einer gemeinschaftlichen Geldforderung einfach in den entsprechenden Bruchtheilen der Schuldsumme sich ausdrücken. Diese Erwägungen führen zunächst zu dem Resultat, daß das Verfügungsrecht des Mitgläubigers einer Geldforderung über seinen Antheil unter Umständen (wenigstens scheinbar) in Kollision treten kann mit dem nur der Gesammtheit der Gläubiger zustehenden Verfügungsrecht über die *ganze* Forderung, dann nämlich, wenn der Bestand der letzteren durch Akte des Mitgläubigers, welche auf eine antheilige Tilgung (durch Einforderung oder Annahme von Theilzahlungen, Kompensation, Entsagung und dergleichen) sich richten, verringert wird. Die rechtliche Möglichkeit solcher Akte ergiebt sich — abgesehen von der oben citirten Bestimmung der Allgemeinen Gerichtsordnung (§ 4 Nr. 7 Tit. 5) — aus § 452 Tit. 5, § 459 Tit. 16 (Novation) und bezüglich der hier in Rede stehenden Kompensation aus § 303 Tit. 16 Thl. I des A. L. R. In der erstgedachten Bestimmung (§ 452) wird allerdings dem Prinzip der Einheitlichkeit der theilbaren Obligation dadurch Rechnung getragen, daß der Verpflichtete, welcher einem der Berechtigten seinen Antheil entrichtet, in Beziehung auf die übrigen Berechtigten, an dessen Stelle treten soll. Aber diese Bestimmung setzt die vertragsmäßige Begründung der Korrealberechtigung (§ 450) voraus, welche ein vertragsmäßiges Verhältniß auch zwischen den mehreren Promissarien in sich schließt (§ 171 Tit. 17) und kann, ebenso wie § 450 selbst, nicht ohne Weiteres auf eine durch Zufall entstandene, *essentiell* lediglich die Theilungsobligation erzeugende Gemeinschaft bezogen werden. Wird von der rechtlichen Möglichkeit einer partiellen Tilgung einer gemeinschaftlichen Geldforderung in der Hand eines Mitberechtigten ausgegangen, so ist im Einzelfalle die *Zulässigkeit* und Gültigkeit des tilgenden Rechtsakts nach denselben Grundsätzen zu beurtheilen, welche überhaupt für den Ausgleich zwischen dem Individualrecht des Mitberechtigten und den gemeinsamen Rechten maßgebend sind, das heißt: der fragliche Rechtsakt darf weder zu Beeinträchtigung der Rechte der übrigen Berechtigten gereichen noch den Verpflichteten in eine nachtheiligere Lage bringen. Was zunächst das Verhältniß zwischen den Mitberechtigten betrifft, so kommt dasselbe gegenüber dem Verpflichteten nur insoweit in Betracht, als dadurch die *Aktiolegitimation* des einen Mitberechtigten für Klage oder Einrede beeinflußt wird. Aus dem Recht der anderen Mitberechtigten kann der Verpflichtete einen Rechtsbehelf nicht entnehmen. Nur wenn er durch die von ihm geforderte Leistung oder Anrechnung dem anderen Mitberechtigten gegenüber nicht befreit würde, würde er die Legitimation zur Klage oder Einrede vom Standpunkte des Rechts der Mitberechtigten wirksam bestreiten können. In Wahrheit wird aber bei der nicht auf einem Vertrage beruhenden und nicht in einer Universitas einbegriffenen Gemeinschaft einer Geldforderung die *Rechtslage* der Theilnehmer durch das Ausscheiden eines Mitberechtigten unter entsprechender Verminderung der Gesammtforderung nicht

geändert, das ideelle Viertheil einer Forderung von 4 000 Mark deckt sich inhaltlich mit dem ideellen Drittel der durch Befriedigung eines Theilnehmers auf 3 000 Mark verminderten Restforderung. Jeder der in der Kommunion verbleibenden Theilnehmer behält genau dasselbe, was er vorher hatte. Etwaige Ansprüche der Mitberechtigten unter einander wegen Verwendungen vergrößern oder vermindern den Antheil selbst des Einzelnen nicht. Ihre Berücksichtigung beim Theilungsgeschäft ist kein wesentliches Moment des letzteren (§ 104 Tit. 17; vergl. Göppert Beiträge zur Lehre am Miteigenthum S. 41). Es könnte immer nur gesagt werden, daß durch die Realisirung des Antheils dem Mitberechtigten ein Objekt ihrer Befriedigung wegen etwaiger Erstattungsansprüche entzogen würde. Auch die Möglichkeit, daß ein Mitberechtigter bei zweifelhafter Sicherheit sich durch Prävention einen Vortheil von den anderen Mitberechtigten verschaffen könnte, wodurch unter Umständen vielleicht ein Regreßanspruch gegen den Bevorzugten begründet werden könnte, kommt für die Legitimationsfrage, das heißt dem Verpflichteten gegenüber nicht in Betracht, da, wenn dieser den Rest der Forderung zahlt, eine Benachtheiligung der Mitberechtigten nicht eingetreten ist, also auch keinenfalls mehr als dieser Rest von dem Verpflichteten gefordert werden könnte. Eine fernere Bedingung für die Geltendmachung des Antheilrechtes eines Mitberechtigten dem Verpflichteten gegenüber ist, daß die Lage des Letzteren dadurch nicht erschwert werden darf. Die Verfasser des Landrechts haben eine solche Erschwerung schon darin gefunden, daß derjenige, der sich einheitlich verpflichtet hat, sich nach einander mit mehreren Gläubigern einzulassen hätte. Dies ist der Grund, aus welchem das Prinzip der Getheiltheit theilbarer Forderungsrechte aufgegeben und in den Fällen des § 450 Tit. 5 und § 151 Tit. 17 Thl. I des A. L. R. die gemeinschaftliche Ausübung vorgeschrieben worden ist. (Vergl. Bornemann Bd. II S. 657 1. Ausgabe, v. Kamptz Lehrbücher Bd. 41 S. 56). Es kann dahin gestellt bleiben, ob demgemäß auch außerhalb der Fälle des § 450 Tit. 5 und § 151 Tit. 17 der Verpflichtete der antheilige Leistung begehrenden Klage eines Mitberechtigten den entsprechenden Einwand (plurium litisconsortium) entgegensetzen könnte. Hier handelt es sich nur um die Zulässigkeit der Kompensation mit einer von dem Verpflichteten gegenüber einem Mitberechtigten eingeklagten Forderung. Der Verpflichtete der gemeinschaftlichen Forderung ist also der angreifende Theil, und es kann von einer *Erschwerung seiner Verpflichtung* nicht die Rede sein, wenn der auf Zahlung aus einer Gegenforderung in Anspruch genommene Mitberechtigte von seinem Theilanspruch zum Zweck der Aufrechnung Gebrauch macht. Es kommt immer nur darauf an, ob dieser Gebrauch prinzipiell unzulässig oder durch positive Vorschrift ausgeschlossen ist. Das Prinzip, daß gemeinschaftliche Rechte aller Art ungetheilt sind und *nur* gemeinschaftlich ausgeübt werden können, kann als *allgemein* anzuwendende Rechtsnorm nicht anerkannt werden; als positive Vorschrift aber kommt im vorliegenden Falle nur § 10 Tit. 17 Thl. I des A. L. R. in Betracht, durch welche, wie oben ausgeführt, eine antheilsweise Tilgung einer gemeinschaftlichen Geldforderung nicht unbedingt ausgeschlossen wird. Speziell ergiebt sich die rechtliche Möglichkeit der Aufrechnung zwischen einer Einzelforderung und dem Antheil an einer gemeinschaftlichen Forderung aus dem schon oben zitirten § 303 Tit. 16 Thl. I des A. L. R., welcher lautet: Gegen eine theilbare Forderung, welche Mehreren gemeinschaftlich zusteht, kann das, was Einer oder der Andere von ihnen schuldig ist, jedoch nur auf dessen Antheil abgerechnet werden. Gestattet auch diese Vorschrift nicht eine *direkte* Anwendung auf den umgekehrten Fall, so ergiebt sich doch so viel daraus, daß es in dem Willen des Verpflichteten liegt, die Kompensation gegenüber *einem* Mitberechtigten eintreten zu lassen, daß insbesondere das Vorhandensein der anderen Mitberechtigten kein Hinderniß dafür bietet. Es folgt hieraus weiter, daß auch durch Uebereinkommen beider Theile die Kompensation bewirkt werden kann; ist dies aber der Fall, so hat auch der Verpflichtete, welcher aus einer eigenen Forderung gegen einen Theilhaber an einer gemeinschaftlichen Forderung klagt, kein berechtigtes Interesse, die Legitimation des Bekl. zur Erhebung des Kompensationseinwandes zu bestreiten; denn da er selbst zur Kompensation nach § 303 a. a. O. *berechtigt* ist, so würden die Mitgläubiger nicht befugt sein, die mit einem von ihnen in Höhe seines Antheils vollzogene Kompensation dem gemeinschaftlichen Schuldner gegenüber nicht gelten zu lassen, und es würde dieser niemals in die Lage kommen können, die verrechnete Theilforderung nochmals zahlen zu müssen. Es kann also auch aus § 303 a. a. O. mindestens eine Unterstützung dafür hergeleitet werden, daß — außerhalb der Fälle der §§ 450 Tit. 5 und 151 Tit. 17 — auch dem Mitberechtigten einer theilbaren Forderung die Befugniß zusteht, von seinem Antheil zum Zweck der Kompensation Gebrauch zu machen. — Werden diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall angewandt, so ergiebt sich, daß der Bekl. als gütergemeinschaftlicher Ehemann schon seit seiner Verheirathung in der Lage war, in Höhe der seiner Ehefrau an der fraglichen, seit lange fälligen Forderung zustehenden ideellen Hälfte dem Cedenten des Kl. gegenüber zu kompensiren und daß er dieselbe Befugniß bezüglich des von seiner Ehefrau (als *Alleinerbin* ihrer Tochter) später ererbten Antheils von 1/6 erlangt hat, beides *vor* Zustellung der gegenwärtigen Klage, in welcher der B. R. — da ein früherer Zeitpunkt nicht angegeben ist — mit Recht die Bekanntmachung der Cession an den Bekl. gefunden hat. Deshalb muß gemäß § 313 Tit. 16 Thl. I des A. L. R. der Kl. sich die Anrechnung der zur Kompensation gestellten Forderung in derjenigen Höhe gefallen lassen, in welcher sie zu dem angegebenen Zeitpunkt dem Bekl. und seiner Ehefrau (zu ideellem Antheil) zustand. V. C. S. i. S. Wisnicki c. Brzowski vom 9. Mai 1888, Nr. 59/88 V.

26. Dem B. R. muß darin beigetreten werden, daß der Bekl. an sich berechtigt ist, eine von seiner Ehefrau in die Gütergemeinschaft gebrachte Forderung gegen seine eigene, vor der Ehe entstandenen Schuld aufzurechnen (§ 340 Tit. 16 Thl. I, § 341 Tit. 1 Thl. II des A. L. R.). V. C. S. i. S. Wisnicki c. Brzorski vom 9. Mai 1888, Nr. 59/88 V.

27. Anlangend den auf die Einschränkung der Verwaltungsbefugniß der Bekl. gerichteten Theil der Klaganträge, so hat das B. G. die Abweisung desselben durch die Erwägung begründet, daß der Testator die Verwaltung des Nachlaßvermögens durch seine Wittwe und die ernannten Kuratoren nicht lediglich zur Beschwerung des Kl.', sondern zu *Gunsten* der eingesetzten Erben (nämlich der Urenkel), der Nießbrauchslegatare

(der Enkel) und im gewissen Sinne auch der Wittwe angeordnet habe und daß daher der Kl. — gleichviel ob er als testamentarischer Erbe, als Fiduziar, als Nießbrauchslegatar oder als an Stelle der eingesetzten Erben (der Urenkel) tretender Intestaterbe zu betrachten sei — jene Verwaltung als eine vom Testator den Erben auferlegte Beschränkung sich gefallen lassen müsse, sofern er nicht gegen das Testament sein Pflichttheilsrecht geltend machen wolle. — Diese Erwägung ist durchaus zutreffend. Der Fall des diesseitigen Urtheils vom 28. Januar 1886 (Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. 16 S. 185 flg.) ist hier nicht gegeben, weil ein Einverständniß aller derjenigen Personen, welche nach der richtigen Annahme des B. R. als Mitbedachte und Substituten, beziehungsweise Substanzerben an der Aufrechterhaltung der Verwaltung interessirt sind (wenn man auch von der Erstbekl. selbst in dieser Hinsicht absehen will) über die Aufhebung oder Einschränkung dieser Verwaltung nicht vorliegt. Es kann daher unerörtert bleiben, ob die Bekl. auch im Falle des Einverständnisses aller übrigen Interessenten der Aufhebung mit Erfolg widersprechen könnten. — Auch unterliegt es keinem Bedenken, daß der Kl., selbst wenn er wegen Mangels, beziehungsweise Ungültigkeit der testamentarischen Erbeinsetzung als gesetzlicher Erbe den dritten Theil des Nachlasses erworben hätte, sich der im Testamente gerade auch ihm gegenüber angeordneten Beschränkung in der Verwaltung des Nachlasses und in der Verfügung über denselben unterwerfen müßte. IV. C. S. i. S. Gerstel c. Gerstel vom 31. Mai 1888, Nr. 56/88 IV.

28. In dem Urtheile des V. C. S. R. G. vom 7. Mai 1887 ist angenommen worden, daß nach Pr. L. R. die Ersitzung von Servituten gegen ein zu einem Familienfideikommiß gehöriges Grundstück von besonderen, aus der rechtlichen Natur des Familienfideikommisses herzuleitenden Voraussetzungen, namentlich davon, daß die Besitzergreifung in besonderer Weise gegen die Fideikommißanwärter gerichtet sei, nicht abhänge. Dies wird wiederholt ausgesprochen und eingehender begründet. V. C. S. i. S. Schmidt c. v. Borke, Nr. 67/88 V.

VI. Sonstige Preußische Landesgesetze.

Zur Circularverordnung vom 14. Juli 1797.

29. § 270 des Preußischen Strafgesetzbuchs enthält lediglich eine Strafbestimmung, welche an die Stelle der unter Nr. 4 der Verordnung vom 14. Juli 1797 enthaltenen Androhung fiskalischer Geldstrafe getreten ist, die in dieser Verordnung in erschöpfender Weise erfolgte Regelung des bezüglichen Civilanspruchs jedoch unberührt läßt. (Vergl. Entscheidungen des Preußischen Obertribunals, Bd. 27, S. 249 ff.). VI. C. S. i. S. Laginka c. Kaliga vom 31. Mai 1888, Nr. 89/88 VI.

Zu den Gesetzen über den Rechtsweg.

30. Die Parteien streiten darüber, welchen Wasserstand die Bekl. als den niedrigsten zulässigen einzuhalten haben, und der Kl. verlangt eine Beschränkung der Bekl. dahin, daß durch die von ihnen zu handhabende Schleuse nicht weniger Wasser aus der Weistritz in den Mühlgraben eingelassen werde, als zur Erreichung des niedrigsten zulässigen Wasserstandes erforderlich sei. Da der Kl. sich für die von ihm beanspruchte Höhe des Wasserstandes weder auf einen speziellen Rechtstitel noch auf das Vorhandensein eines Merkpfahls beruft, vielmehr seinen Anspruch nur auf sein Bedürfniß und auf allgemeine gesetzliche Bestimmungen gründet, so wird mit dem Klageantrage in erster Linie eine gerichtliche Festsetzung der von dem Bekl. einzuhaltenden Höhe des Wasserstandes begehrt. Die beiden Vorderrichter haben die Klage abgewiesen, weil sie zu einer solchen Festsetzung ausschließlich die Verwaltungsbehörde, nicht die ordentlichen Gerichte für zuständig erachten. Darin ist ihnen beizustimmen, wenn die Voraussetzungen der Anwendbarkeit des Gesetzes vom 15. November 1811 vorliegen. Durch das Gesetz wegen des Wasserstauens bei Mühlen u. s. w. vom 15. November 1811 ist das Verfahren vorgezeichnet und sind die Behörden bestimmt, in welcher beziehungsweise durch welche die noch nicht in rechtsverbindlicher und deutlicher Weise bestimmte Höhe des Wasserstandes festgesetzt werden soll. Dieses Verfahren führt zu der Setzung eines Merkpfahls, an welchem der zulässige höchste beziehungsweise niedrigste Wasserstand „ganz deutlich kennbar bezeichnet" wird. Die zur Durchführung dieses Verfahrens berufenen Behörden können nicht in der Weise umgangen werden, daß nicht die Setzung eines Merkpfahls sondern nur die Festsetzung der Höhe des Wasserstandes verlangt wird; vielmehr hat derjenige, welcher die Höhe des Wasserstandes festgesetzt wissen will, dies in dem Verfahren nachzusuchen, welches mit der Setzung des Merkpfahls abschließt. Das Wesentliche ist die Festsetzung der Höhe des Wasserstandes, die Setzung des Merkpfahls dient nur dazu, jene Festsetzung erkennbar zu machen und zu erhalten. Dies entspricht der bisherigen Praxis der Gerichte (vergleiche Oppenhoff, die Preußischen Gesetze über die Ressortverhältnisse zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden S. 198, 200 Anmerkung 9; Nieberding, Wasserrecht und Wasserpolizei S. 201); davon abzugehen, liegt kein Grund vor. Nach § 2 des Gesetzes vom 15. November 1811 kann die Setzung des Merkpfahls nur durch sachverständige Kommissarien der Provinzialpolizeibehörden unter Zuziehung des Gerichts vollzogen werden. Ist die Höhe des Wasserstandes nicht in rechtsverbindlicher und deutlicher Weise bestimmt, so haben die Kommissarien den Wasserstand unter möglichster Vereinigung der gegenseitigen Interessen festzusetzen und gegen eine solche Festsetzung finden keine Beschwerden bei den Gerichten, sondern Rekurs an die oberen Polizeibehörden statt (§ 5 Satz 2 daselbst). Die Provinzialpolizeibehörde ist auch berufen, interimistisch einen Wasserstand festzusetzen (§ 6 daselbst). Durch § 67 des Zuständigkeitsgesetzes vom 1. August 1883 sind — nach Vorgang des § 135 Nr. III. 1 der Kreisordnung vom 13. Dezember 1872 und des § 99 des Kompetenzgesetzes vom 26. Juli 1876 — zunächst die Behörden bestimmt, welche in den mit dem Rechte der Selbstverwaltung ausgestatteten Provinzen der Preußischen Monarchie die durch das Gesetz vom 15. November 1811 §§ 1—7 den Provinzialpolizeibehörden und deren Kommissarien sowie der oberen Polizeibehörde zugewiesenen Geschäfte auszuführen haben. Danach hat der Kreis- (Stadt-) Ausschuß durch endgültigen Beschluß die sachverständigen Kommissarien zu ernennen und den Wasserstand vorläufig festzusetzen (§ 67 Abs. 1, 3; Gesetz vom 15. November 1811 § 2, § 6); gegen die durch die Kommissarien beim Mangel rechtsverbindlicher deutlicher Bestimmungen bewirkte Festsetzung des Wasserstandes steht den Betheiligten die Klage bei dem Kreis- (Stadt-) Ausschusse zu (§ 67 Abs. 2; Gesetz vom 15. November 1811 § 5 Satz 2). Ferner ist durch § 67 a. a. O.

bestimmt, daß eine Zuziehung des Gerichts bei Setzung des Merkpfahls (Gesetz vom 15. November 1811 § 2) ferner nicht stattfindet (§ 67 Abs. 1), und daß Streitigkeiten darüber, ob die Höhe des Wasserstandes in rechtsverbindlicher und deutlicher Weise bestimmt sei, nicht mehr (vergleiche Gesetz vom 15. November 1811 § 5) an die ordentlichen Gerichte verwiesen werden sollen, sondern der Entscheidung im Verwaltungsstreitverfahren vor dem Kreis- (Stadt-) Ausschusse unterliegen (§ 67 Abs. 3). Durch diese Zuständigkeitsvorschriften ist der Inhalt des § 67 erschöpft. Das B. G. irrt, indem es annimmt, es sei durch § 67 auch das sachliche Anwendungsgebiet des Gesetzes vom 15. November 1811 erweitert worden, und den Wortlaut des Abs. 1 — „bei Stauwerken" — dafür anzieht, daß das Gesetz vom 15. November 1811 die Regelung des Wasserstandes nicht nur *vor* dem Stauwerk sondern auch *unterhalb* desselben zum Gegenstande habe, sowie gegenüber dem § 67 eine Erörterung darüber für entbehrlich erachtet, ob der § 5 des Gesetzes vom 15. November 1811 nur auf den Fall der Setzung von Merkpfählen Anwendung finde und ob dem über die Bedeutung und Auslegung dieses § 5 sich verhaltenden Plenarbeschluß vom 8. Januar 1849 (Justiz-Ministerial-Blatt S. 211) beizustimmen sei. Daß der § 67 auch nach diesen Richtungen etwas bestimmt oder bestimmen soll, ergiebt weder dessen Wortlaut, noch enthalten die Materialien zu dem Zuständigkeitsgesetze auch nur eine Andeutung davon. Der I. R. hat daher nur einer Pflicht genügt, indem er diejenigen Untersuchungen angestellt hat, deren sich das B. G. für überhoben hält, und das letztere trifft der Vorwurf einer Gesetzesverletzung, indem es in dem § 67 des Zuständigkeitsgesetzes Bestimmungen findet, die darin nicht enthalten sind. Dessenungeachtet würde aber das Vorderurtheil der Aufhebung nicht unterliegen, wenn sich die Entscheidung selbst als richtig darstellte (C. P. O. § 526), wenn also die einschlägigen Bestimmungen des Gesetzes vom 15. November 1811, ohne Rücksicht auf den § 67 des Zuständigkeitsgesetzes, zur Anwendung zu bringen wären. Es bleibt deshalb zu prüfen, ob die Ergebnisse, zu welchen der I. R. bei Erörterung der bezeichneten Fragen gelangt ist, denen auch das B. G. seine Billigung nicht versagt, für richtig zu erachten sind. Das vormalige Preußische Obertribunal hat durch Plenarbeschluß vom 8. Januar 1849 den Rechtssatz ausgesprochen: „Der § 5 des Gesetzes wegen des Wasserstauens bei Mühlen und Verschaffung von Vorfluth vom 15. November 1811 findet auf Streitigkeiten zwischen Stauungsberechtigten untereinander über das Recht zur Wasserbenutzung *nicht* Anwendung." (Justizministerialblatt 1849 S. 211, Entscheidungen des Obertribunals Bd. 17 S. 73). Zu diesem Beschlusse hatten abweichende Entscheidungen Veranlassung gegeben, welchen der Sachverhalt zu Grunde lag, daß der Besitzer eines oberhalb gelegenen Hammers durch Schließung eines Schützes beziehungsweise durch Abstauungen einer unterhalb gelegenen Mühle das in den Mühlgraben fließende Wasser entzogen hatte. Die thatsächlichen Voraussetzungen des Plenarbeschlusses treffen auch in dem jetzt zur Entscheidung stehenden Falle zu, in welchem der unterhalb liegende Müller sich darüber beschwert, daß der oberhalb liegende Müller durch die von ihm beliebte Handhabung der von ihm zu regelnden Stauvorrichtungen ihm (dem untenliegenden Müller) das zum Betriebe seiner Mühle erforderliche Wasser entziehe. Ist daher der durch Plenarbeschluß festgestellte Rechtssatz festzuhalten, so folgt daraus die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtsweges und damit die Aufhebung der beiden, diese Zulässigkeit verneinenden Vorderurtheile. Daß die durch den Plenarbeschluß vom 8. Januar 1849 entschiedene Frage die größten Zweifel erregt habe, daß sich also auch für die nicht angenommene Ansicht erhebliche Gründe vorbringen lassen, leuchtet ohne Weiteres ein; denn andernfalls würde dieselbe nicht vor das Plenum des Obertribunals gebracht sein. Es kann deshalb auch dem Umstande kein entscheidendes Gewicht beigelegt werden, daß die Centralverwaltungsbehörde den Regierungen sofort bemerklich gemacht hat, der Plenarbeschluß vom 8. Januar 1849, welcher der bisherigen Praxis widerspreche, sei nicht als Richtschnur für die Verwaltung zu nehmen (vergl. Verfügung des Preußischen Ministeriums für die landwirthschaftlichen Angelegenheiten vom 11. März 1850, Verwaltungsministerialblatt S. 69, vergl. auch den Bescheid der Minister für Handel ꝛc. und für landwirthschaftliche Angelegenheiten vom 6. Mai 1863, Verwaltungsministerialblatt S. 167); sowie daß von den Schriftstellern über Wasserrecht Nieberding (Wasserrecht und Wasserpolizei S. 198 fg., 201) die Ansicht von der Verwaltungsbehörde billigt und zu vertheidigen sucht — Döhl, die Wassergesetzgebung des Preußischen Staats S. 96 fg., referirt nur, spricht aber eine eigene Meinung nicht aus; ebenso Baumert, die Unzulässigkeit der bestehenden Wassergesetzgebung S. 28 fg. und Hahn, die Preußische Gesetzgebung über Vorfluth ꝛc. 2. Aufl. S. 39 fg. Anmerkung 15. — Die Ansicht des Obertribunals, welche bereits auf einem Erkenntnisse des Gerichtshofes zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte (vom 14. September 1848 Justizministerialblatt 1848 S. 439; Hartmann, das Verfahren bei Kompetenzkonflikten ꝛc. S. 144) fußen konnte und auch später (so viel bekannt) keinen Widerspruch bei diesem Gerichtshofe gefunden hat, wird denn auch von Oppenhoff (Ressortverhältnisse S. 200 fg. Anmerkung 10) im Jahre 1863 als die herrschende bezeichnet (vergl. auch Scheele, das Preußische Wasserrecht S. 79 fg., S. 107 fg.). Die Gründe, welche das Obertribunal bei seiner Plenarentscheidung geleitet haben, sind bisher von keiner Seite widerlegt worden. In dem Reskript vom 11. März 1850 ist zwar hervorgehoben, daß sich aus der Fassung des § 2 Nr. 3 und 4 der Anweisung des Staatsministeriums für die Regierungen und Gerichte in der Rheinprovinz vom 20. Juli 1818 (von Kamptz' Annal. S. 619) folgern lasse, das Vorfluthsgesetz vom 15. November 1811 sei nicht so beschränkend auszulegen, wie es in dem Plenarbeschluß des Obertribunals geschehen sei. Diese Folgerung ist jedoch als berechtigt nicht anzuerkennen, da das Vorfluthsgesetz seiner ganzen Fassung nach nur für diejenigen Landestheile erlassen ist, in welchen das A. L. R. gilt (vergl. Reskript vom 21. Februar 1818, von Kamptz, Jahrbücher Bd. 11 S. 6), während die Anweisung vom 20. Juli 1818 ausschließlich für die Rheinprovinz ergangen ist, in welcher das Vorfluthswesen damals auf französischer Gesetzgebung beruhte, (vergl. Oppenhoff a. a. O. S. 227 fg.) und für welche dasselbe später durch das Gesetz vom 14. Juni 1859 (Gesetzsamml. S. 325) besonders geregelt wurde. Die Gründe, welche sonst noch gegen die Entscheidung des Obertribunals in diesem Reskripte vorgebracht sind, hat das Obertribunal bereits in Erwägung gezogen und nicht durchgreifend befunden. Auch die von Nieberding (a. a. O. S. 201)

angeführten Gegengründe enthalten nicht, was das Obertribunal nicht schon berücksichtigt hätte. Wäre vom Obertribunal auch nicht in überzeugender Weise nachgewiesen, daß das Gesetz vom 15. November 1811 sich auf Streitigkeiten zwischen verschiedenen Triebwerkbesitzern gar nicht bezieht, so würde es immerhin sehr mißlich sein, einer durch das Plenum des höchsten Gerichtshofes begründeten und seit beinahe 40 Jahren geübten Gerichtspraxis entgegenzutreten und damit den Streit der entgegenstehenden Ansichten von Neuem anzuregen. Das R. G. schließt sich deshalb der Plenarentscheidung des Obertribunals an und erachtet den Rechtsweg durch das Gesetz vom 15. November 1811 nicht für ausgeschlossen. V. C. S. i. S. Simon c. Richter vom 30. Mai 1888, Nr. 79/88 V.

VII. **Das Französische Recht (Badische Landrecht).**

31. Die Kl. erblicken einen Rechtsirrthum des B. R. darin, daß derselbe der im Januar 1885 erfolgten Anerkennung des Kl. durch seine uneheliche Mutter nicht rückwirkende Kraft in dem Sinne beigelegt habe, daß in Folge derselben die Mutter zur Zeit der Testamentserrichtung im Jahre 1874 als die vermuthliche Erbin ihres Sohnes gemäß Art. 1100 des B. G. B. habe angesehen werden müssen. Dieser Rechtsirrthum ist nicht vorhanden. Der B. R. hat, von dem unbestrittenen Satze ausgehend, daß ein Erbfolgeverhältniß zwischen der Mutter und ihrem unehelichen Kinde nur dann bestehe, wenn sie das letztere anerkannt habe, mit Recht angenommen, daß, um den zweiten Fall des Art. 1100 als gegeben anzusehen, die Anerkennung schon zur Zeit der Testamentserrichtung habe vorliegen müssen. Es handelt sich hier nicht um die Wirkung der Anerkennung eines natürlichen Kindes im Allgemeinen, sondern um die Auslegung der Spezialbestimmung des Art. 1100 mit Rücksicht auf das uneheliche Kind. Wenn der Artikel zu seiner Anwendung verlangt, daß am Tage der Schenkung die zweite Ehefrau als die vermuthliche Erbin des Bedachten habe angesehen werden müssen, so war nach Wortlaut und Sinn dieser Bestimmung auch erforderlich, daß die Anerkennung bereits an jenem Tage erfolgt war. Anderen Falles konnte die Mutter zur Zeit der Testamentserrichtung nicht als Erbin in Betracht kommen. II. C. S. i. S. Bamberg c. Müller vom 25. Mai 1888, Nr. 102/88 II.

32. Die Anfechtung des Vertrags wegen Irrthums des Licenzträgers bei Eingehung des Vertrages in Beziehung auf den rechtlichen Bestand des später theilweise für nichtig erklärten Patents ist verworfen, weil die gesetzlichen Erfordernisse des Irrthums nach L. R. S. 1110 nicht als vorhanden angesehen wurden. Hierbei ist allerdings die Begründung der Verneinung, daß der erwähnte Irrthum das Wesen der Sache betreffe, nicht als richtig anzuerkennen, welche dahin geht, daß die Unterstellung der rechtlichen Existenz des Patents, durch welche sich B. zur Eingehung des Licenzvertrages angeblich habe bestimmen lassen, auf einen Irrthum in den Beweggründen hinauslaufe; denn die Rechtsbeständigkeit des Patents ist eine Eigenschaft des Vertragsgegenstandes, also nicht ein außerhalb des Vertrags selbst liegender Bestimmungsgrund. Ferner übersieht das B. G. in dem darauf folgenden Satze der Gründe, in welchem es von der Unterstellung ausgeht, daß man einen das Wesen der Sache betreffenden Irrthum annehmen könnte, dabei aber das Fehlen des Nachweises eines solchen Irrthums auf Seiten beider Vertragschließenden, also nicht blos der Kl., sondern auch des Patentinhabers selbst für entscheidend erklärt, daß die Anfechtungsklage wegen Irrthums in Betreff des Wesens des Vertragsgegenstandes nur auf Seiten des Anfechtungskl., nicht auch des Gegenkontrahenten einen solchen Irrthum erfordern würde. Der Rescissionsklage wegen Irrthums und Betrugs, wie sie Kl. erhoben hat, steht aber entscheidend der von dem B. G. angeführte weitere Grund entgegen, daß Kl. die beantragte Ungültigkeitserklärung des Licenzvertrages auf ihre Verbindlichkeiten aus diesem Vertrage, von denen sie sich hiedurch zu befreien beabsichtigt, beschränken, von ihren Rechten aber nach wie vor Gebrauch machen will. II. C. S. i. S. Vogel c. Mitscherlich vom 29. Mai 1888, Nr. 40/88 II.

33. Es handelt sich hier nicht um eine Klage aus Delikt auf Herausgabe einer der Kl. widerrechtlich entzogenen Sache, sondern um einen Entschädigungsanspruch wegen Nichterfüllung eines Auftrags, also eines zu einer Handlung verpflichtenden Vertrags. Für diese Klage bestimmt das badische wie das rein französische Recht, daß sich die Verbindlichkeit, etwas zu thun oder nicht zu thun, in die Verbindlichkeit zum Schadenersatz auflöse („se résout en dommages et intérêts“ Art. 1142 c. c.), worunter wie auch in dem den Auftrag behandelnden L. R. S. 1991 Abs. 1 lediglich die Verbindlichkeit zur Zahlung einer den erlittenen Nachtheil (damnum emergens und lucrum cessans) ausgleichenden Geldsumme verstanden ist (vergl. die Art. 128, 523—525 des c. proc. civ.). Die angeführten Umstände, daß die Kl. mit den Liegenschaften zu spekuliren beabsichtigte, um ihren durch Bürgschaft erleidenden Verlust möglichst auszugleichen, und daß der Schaden und das Interesse der Kl. sich mit dem Erwerbe der Liegenschaften zum Steigpreise von 8 000 Mark genau decke, während die Bestimmung ihres Schadens in Geld schwierig sei, sind nicht geeignet, die Verurtheilung des Bekl. zu einer anderen Art des Ersatzes als zur Bezahlung einer unter Würdigung aller Umstände vom Gerichte gemäß § 260 C. P. O. nach freier Ueberzeugung zu bestimmenden Entschädigungssumme zu rechtfertigen, für deren Bemessung die L. R. S. 1149 ff. die allgemeinen Grundsätze enthalten. II. C. S. i. S. Hertweck c. Hezel vom 25. Mai 1888, Nr. 76/88 II.

34. Das O. L. G. stellt in seinen Urtheilsgründen den Satz an die Spitze, daß eine spezielle Ursache der Explosion vom 5. Juli 1884 nicht festgestellt werden konnte, daß ein direkt nachgewiesenes Verschulden aber auch nicht für erforderlich erachtet werden könne; denn, wie in der Rechtsprechung wiederholt angenommen worden, sei in Fällen, in welchen die Ursache eines schadenbringenden Ereignisses der Natur der Sache nach nicht mehr zu ermitteln wäre, wie bei Pulver- oder Dynamitexplosionen, schon dann der zur Begründung des Schadensersatzanspruchs erforderliche Nachweis als erbracht anzunehmen, wenn dargethan werde, daß beim Betriebe der Fabrik und der Herstellung der leicht explodirenden Stoffe nicht mit der für die Sicherheit der Arbeiter erforderlichen Vorsicht verfahren beziehungsweise die vorgeschriebenen Anordnungen nicht befolgt worden seien. Diese rechtliche Auffassung müsse aber als zutreffend erachtet werden. Das O. L. G. stellt sodann auf Grund der erhobenen Beweise in mehrfacher Beziehung eine Fahrlässigkeit der Bekl. in der Ueberwachung und Leitung der im Nitrirhause vorgenommenen Arbeit fest, lehnt aber die Prüfung des Kausalzusammenhangs dieser Versehen mit der stattgehabten Explosion ab, in-

dem es nach dem Eingangs angeführten Rechtssatze einen besonderen Nachweis des Kausalzusammenhangs in Fällen dieser Art nicht für geboten und die Bekl. nicht für berechtigt erklärt, sich dem Beschädigten gegenübee damit decken zu wollen, daß der Kausalzusammenhang zwischen erwiesenen Mängeln des Geschäftsbetriebs und der Explosion nicht erbracht sei. Diese Ausführung, wonach bei zerstörenden Explosionen schon die Außerachtlassung von durch die Gefährlichkeit des Betriebs bedingten Vorsichtsmaßregeln eine Rechtsvermuthung für den bestehenden ursachlichen Zusammenhang begründe, muß als rechtsirrthümlich bezeichnet werden. Einen Rechtssatz in der Allgemeinheit giebt es nicht, daß unter den vom B. G. vorausgesetzten thatsächlichen Verhältnissen eine rechtliche Präsumtion für den ursachlichen Zusammenhang zwischen dem beschädigenden Ereigniß und den nachgewiesenen Versehen bestehe, mithin dem Gegner dee Beweis obliegen würde, daß das Ereigniß bei Beobachtung der außer Acht gelassenen Vorschriften nicht verhindert worden wäre. Das O. L. G. stützt sich zwae hierbei wesentlich auf eine Entscheidung des R. G. (Bd. X S. 141 ff. der gedruckten Entscheidungen), allein wenn auch dort ein solcher Grundsatz für Schadensersatzklagen in Folge von Explosionen als Rechtssatz aufgestellt sein sollte, so erscheint diese aus der Lex Aquilia und der sich anschließenden gemeinrechtlichen Doktrin geschöpfte Rechtsansicht für nach dem rheinisch-französischen Rechte zu entscheidende Fälle nicht maßgebend. Dem Richtee ist durch die Vorschrift des § 260 der C. P. O. das Recht und die Pflicht übertragen, bei Schadensersatzklagen auch in Bezug auf den zu erweisenden Kausalzusammenhang zwischen Schaden und Verschuldung des Belangten unter Würdigung aller Umstände nach freier Ueberzeugung zu entscheiden. Er kann demnach hierbei auch auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge Rücksicht nehmen und sich hierdurch in Ermangelung konkreter Anhaltspunkte des Falls die Ueberzeugung bilden, daß bei Einhaltung der außer Acht gelassenen Vorsichtsmaßregeln das Ereigniß aller Wahrscheinlichkeit nach nicht eingetreten sein würde, wie dies in einer reichsgerichtlichen Entscheidung Bd. X S. 64 näher dargelegt ist. Auf dee Anwendung dieses freien richterlichen Ermessens zur Beantwortung der Frage des wirklichen Kausalzusammenhangs beruht aber die angefochtene Entscheidung nicht; diese hat vielmehr an die Stelle einer zu gewinnenden richterlichen Ueberzeugung eine Rechtsvermuthung gesetzt, welche für das rheinisch-französische Recht wie für das R. H. G. nicht als richtig anzuerkennen ist. II. C. S. i. S. Dynamitfabrik zu Wiesdorferheide c. Rose vom 5. Juni 1888, Nr. 101/88 II.

35. Der Umstand, daß ein Gesellschafter der Gesellschaft gegenüber seine Befugnisse überschritten und der andere Theil von dieser Ueberschreitung Kenntniß gehabt hat, beeinträchtigt allerdings die Wirksamkeit des mit Ueberschreitung der Befugnisse vorgenommenen Rechtsgeschäftes noch nicht. Dagegen kann nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, welche auch füe das Gebiet des rheinischen Rechts Geltung haben, der Dritte, welcher mit einem Gesellschafter ein Rechtsgeschäft abgeschlossen hat, sich auf dasselbe dann nicht mit Erfolg berufen, wenn der Gesellschafter und er selbst in der Absicht, die Gesellschaft rechtswidrig zu schädigen, zusammenwirkten. (Vergl. Entscheidungen des R. O. H. G. Bd. VI S. 134, Bd. VII S. 404, Bd. IX S. 432). Insbesondere kann eine Klage nicht auf die von dem Gesellschafter vorgenommene Handlung gestützt werden, wenn diese als eine unrechte That anzusehen ist und der Kl. an derselben theilgenommen hat. Dieser Fall liegt aber nach den thatsächlichen Feststellungen des B. R. voe. II. C. S. i. S. Metz c. Ostertag vom 5. Juni 1888, Nr. 87/88 II.

M.

Artikel 190a Abs. 1 des H. G. B. Kann nach Ablauf der einmonatigen Frist der Registerrichter die Eintragung der in der Generalversammlung beschlossenen Statutenänderungen verweigern, wenn diese nicht ordnungsmäßig berufen war?

Beschluß Kammeegerichts vom 5. März 1888.

Eine im Jahre 1867 gegründete Kommanditgesellschaft auf Aktien hat in ihren Statuten folgende Bestimmung:

> „Alle Bekanntmachungen der Gesellschaft erfolgen durch die Frankfurter Zeitung, die Berliner Börsenzeitung und die Kölnische Zeitung.
>
> Auch kann der Aufsichtsrath statt genannten Zeitungen andere zu den statutenmäßigen Veröffentlichungen bestimmen, jedoch muß jede solche Aenderung in den übrigen Gesellschaftsblättern bekannt gemacht werden."

Ende 1884 beschloß der Aufsichtsrath, die Bekanntmachungen nue im Reichsanzeiger zu veeöffentlichen und machte dies im Januar 1885 in den drei oben angegebenen Gesellschaftsblättern bekannt. Im Mai 1885 holte sodann der Aufsichtsrath auch die Genehmigung der Generalversammlung zu diesem Beschlusse ein. Eine Anmeldung zum Handelsregister ist nicht erfolgt. Am 19. November 1887 nahm die Generalversammlung, zu der lediglich durch den Reichsanzeiger eingeladen war, verschiedene Statutenänderungen vor. Durch Beschluß vom 31. Dezember 1887 verweigerte der Registerrichter die Eintragung der Statutenänderungen, weil die Generalversammlung vom 19. November 1887 nicht ordnungsmäßig berufen sei, da die Einladung auch in den drei vorgedachten Blättern hätte publicirt werden müssen.

Die auf Artikel 190a Abs. 1 des H. G. B. gestützte Beschwerde, welche unter Bezugnahme auf Esser 4. Aufl. zu Artikel 190a Anmerkung 1 S. 52 und Ring zu Artikel 189 Abs. 1 Anmerkung 1 S. 290, zu Artikel 190a Abs. 1 Anmerkung 3 S. 302 und Anmerkung 4 f. f. S. 303/4 ausführte, daß nach Ablauf der einmonatigen Frist eine Anfechtung der Beschlüsse dee Generalversammlung auch bei nicht gehöriger Berufung derselben unstatthaft sei, wurde vom Königl. Landgericht mit der Motivirung zurückgewiesen, daß der Registerrichter das Recht und die Pflicht habe, den Eintrag von Beschlüssen zu verweigern, die nicht in legaler Weise zu Stande gekommen seien, die Generalversammlung aber sei nicht legal berufen und die in Art. 190a des H. G. B. enthaltene Bestimmung sei nue für die Mitglieder der Gesellschaft selbst gegeben, berühre aber nicht die Pflichten des Registerrichters.

Die an Königliches Kammergericht gerichtete weitere Beschwerde rügte zuvörderst Verletzung des Art. 190a Abs. 1 und des Rechtssatzes, daß nach Ablauf der einmonatigen Anfechtungsfrist dem Registerrichtee eine Prüfung über die ordnungsmäßige Berufung der Generalversammlung überhaupt nicht mehe zu-

stehe und hob sodann hervor, es sei rechtsirrthümlich übersehen, daß die oben angegebene statutarische Bestimmung nur instruktioneller Natur, derselben genügt und eine Statutenänderung in dieser Hinsicht nicht erfolgt sei.

Königliches Kammergericht hat die Beschwerde für begründet erachtet und die Sache an den Registerrichter zur Prüfung und anderweiten Entscheidung zurückverwiesen mit der Anweisung, von dem bisher erhobenen Bedenken Abstand zu nehmen und zwar mit folgender Motivirung:

Die Generalversammlung vom 19. November 1887 ist allerdings nicht ordnungsmäßig berufen; denn die drei Zeitungen bestehen noch, und aus der betreffenden statutarischen Bestimmung ist auch nicht die Befugniß des Aufsichtsraths herzuleiten, statt der drei Organe ausschließlich den Reichsanzeiger als Publikationsorgan zu bestimmen. Offenbar ist letzteres im Hinblick auf Art. 175 Abs. 3 geschehen, während freilich der Vorschrift des Art. 185a — in der Fassung des Aktiengesetzes vom 18. Juli 1884 — bislang noch in keiner Weise genügt worden ist ... Die statutarische Bestimmung, bezüglich der drei Publikationsorgane aber besteht noch zu Recht, da die in der Generalversammlung vom 23. Mai 1885 in dieser Beziehung beschlossene Aenderung des Gesellschaftsvertrages rechtliche Wirkung mangels der Eintragung in das Handelsregister gemäß Art. 180 f. bisher nicht erlangt hat.

Der weiteren Beschwerde ist aber zuzugeben, daß die Beschlüsse einer Generalversammlung, sofern die gehörige Berufung zu derselben oder die gehörige Ankündigung eines Gegenstandes der Beschlußfassung in Frage steht, der von Amts wegen vorzunehmenden Prüfung des Registerrichters nicht mehr unterliegen, wenn die in Art. 190a bestimmte einmonatige Frist verflossen ist, ohne daß die Anfechtungsklage wegen Ungültigkeit erhoben ist. Allerdings besagt der Wortlaut des Gesetzes solches nicht klar und deutlich; ebensowenig läßt die Ansicht unmittelbar aus den Gesetzesmaterialien sich begründen. Dennoch erscheint sie nach dem Geiste des Gesetzes und dem Zwecke, den der Gesetzgeber mit dem Erlaß dieser Bestimmung offensichtlich verfolgte, begründet. In Berücksichtigung des Umstands, daß Zweifel über die Rechtsgültigkeit eines Generalversammlungsbeschlusses möglichst bald behoben werden sollen, daß anderseits aber die Wahrung von Verletzungen des Gesellschaftsvertragsrechts eigentlich Sache der Gesellschafter selbst ist, erscheint es dem Gesetze entsprechend, daß der Registerrichter einer von Amtswegen vorzunehmenden Prüfung sich enthalte, wenn, wie vorliegend, lediglich die Gültigkeit der Berufung der Generalversammlung fraglich ist, vorausgesetzt, daß die gesetzliche Frist ohne Klagerhebung verstrichen ist.

Für die Redaktion verantw.: G. Hoenle. Verlag: W. Moeser Hofbuchhandlung. Druck: W. Moeser Hofbuchdruckerei in Berlin.

№ 33 und 34. Berlin, 6. Juli. 1888.

Juristische Wochenschrift.

Herausgegeben von

S. Haenle, Justizrath, Rechtsanwalt in Ansbach. und M. Kempner, Rechtsanwalt beim Landgericht I. in Berlin.

Organ des deutschen Anwalt-Vereins.

Preis für den Jahrgang 20 Mark. — Inserate die Zeile 40 Pfg. — Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt.

Inhalt.

Aufsätze für die Juristische Wochenschrift, welche acht Spalten überschreiten, können nur ausnahmsweise angenommen werden. Aufsätze, welche sich auf Angelegenheiten des Anwaltstandes und die Reichsjustizgesetze beziehen, erhalten den Vorzug.

Die Redaktion.

Hülfskasse für deutsche Rechtsanwälte.

Die vierte ordentliche Generalversammlung wird auf den 23. September 1888 Vormittags 12 Uhr nach Leipzig, Reichsgerichtsgebäude Zimmer 7 berufen.

Die Tagesordnung ist:

1. **der von dem Vorstande zu erstattende Geschäftsbericht für das mit dem 30. Juni 1888 abgelaufene Geschäftsjahr,**
2. **die Justifikation der Jahresrechnung,**
3. **die Wahl von Vorstandsmitgliedern in Gemäßheit des § 9 der Satzungen,**
4. **die Wahl der Rechnungsrevisoren,**
5. **die Wahl des nächsten Versammlungsortes.**

Leipzig, den 1. Juli 1888.

Dr. **Dorn**, Geheimer Justizrath.
Vorsitzender.

Die Anwaltskammer im Bezirke des Oberlandesgerichts zu Kiel hat der Kasse wiederum eine Beihülfe von 1000 Mark überwiesen. Der Kammer und ihrem Vorstande ist für die erhebliche und erfreuliche Gabe der aufrichtigste Dank ausgesprochen.

Vereinsnachrichten.

Der erste Band der Entscheidungen des Ehrengerichtshofes ist vergriffen. Der Vereinsvorstand würde einen Neudruck veranstalten, wenn 400—500 Vereinsmitglieder sich bereit erklärten, den Band zum Preise von 3 Mark abzunehmen. Ich bitte die interessirten Herren Vereinsmitglieder um gefällige Erklärung. Sollte der Neudruck nicht ausführbar sein, so wird der Vereinsvorstand durch Ankauf von einzelnen Exemplaren bei den Erben verstorbener Mitglieder dem Seitens vieler jüngeren Vereinsmitglieder ausgesprochenen Verlangen nach dem Besitze des ersten Bandes zu genügen suchen.

Bekanntmachung über das Ergebniß der Meldungen erfolgt am 1. Oktober 1888.

Leipzig, 23. Juni 1888.

Mecke, Schriftführer.

Vom Reichsgericht.*)

Wir berichten über die vom 18. bis 30. Juni 1888 ausgefertigten Erkenntnisse.

1. Die Reichsjustizgesetze.

Zur Civilprozeßordnung.

1. So lange die Instanz durch Endurtheil nicht beendet ist, kann für die betreffende Instanz um Bewilligung des Armenrechts nachgesucht und dieses vom Gerichte bewilligt werden. Im vorliegenden Falle ist das Verfahren in der Berufungsinstanz noch anhängig. Da nun nach Lage der Sache das Gesuch der Bekl. und Berufungsklägerin um Bewilligung des Armenrechts für die Berufungsinstanz, falls dasselbe früher gestellt worden wäre, nicht abzuschlagen gewesen wäre, weil die beabsichtigte Verfolgung der Berufung gegen das Urtheil des L. G. vom 1. Dezember 1886 als muthwillig oder aussichtslos erscheine, so kann die Ablehnung des Gesuchs dadurch nicht gerechtfertigt werden, daß durch das Urtheil O. L. G. vom 9. Dezember 1887 die Berufungsbeschwerden der Bekl. als

*) Nachdruck ohne Angabe der Quelle verboten.

unbegründet verworfen sind und daher nach stattgehabter Verhandlung in II. J. zur Zeit der Einbringung des Gesuchs feststand, daß die Berufung der Bekl. ohne Erfolg geblieben sei. Es war vielmehr zu prüfen, ob die Verfolgung der Berufung von vornherein als aussichtslos sich darstellte. Dazu kommt, daß der Kl. der Berufung sich angeschlossen hatte und daß die Bekl. auch gegen dessen Angriffe gegen das erstinstanzliche Urtheil sich vertheidigen muß und auch dazu eines Vertreters bedarf. III. C. S. i. S. Gerken c. Poppe vom 12. Juni 1888, B. Nr. 64/88 III.

2. Der Rkl. rügt mit Recht, daß der B. R. seine für den Fall der Auflösung des Vertrages geltend gemachten Gegenansprüche unberücksichtigt gelassen und durch Verwerfung der Berufung aus dem gegenwärtigen Prozesse herausgewiesen habe. Der B. R. begründet diesen Theil seiner Entscheidung mit der Erwägung, daß die Gegenansprüche „in das Schadensliquidationsverfahren gehörten". Die Kl. hätten gemäß Art. 1184 c. c. neben dem Anspruche auf Auflösung des Vertrages auch einen Anspruch auf Schadensersatz und sie seien berechtigt, ihren geltend gemachten Schadensersatzanspruch mit den Ansprüchen, welche dem Bekl. aus der Aufhebung des Vertrages erwachsen möchten, zu kompensiren. Diese gegenseitige Aufrechnung soll nach der Meinung des B. R. in dem sogenannten Schadensliquidationsverfahren erfolgen. Die vorgedachte Begründung beruht auf einer Verletzung des im § 136 der C. P. O. ausgesprochenen Grundsatzes und auf einer unzulässigen Hereinziehung des nach dem ehemaligen rheinisch-französischen Prozesse statthaften Schadensliquidationsverfahrens in das Verfahren, wie es von der deutschen C. P. O. vorgeschrieben ist. Die Gegenansprüche des Bekl. bestehen darin, daß er Dasjenige zurückverlangt, was er in Erfüllung des aufgelösten Vertrages seinerseits gegeben und aufgewendet hat, insbesondere den nach seiner Behauptung gezahlten Kaufpreis von 1 200 Mark und die Kosten des von ihm errichteten Hauses. Diese Ansprüche stehen in rechtlichem Zusammenhange mit dem Klageanspruche, welcher auf Auflösung des Vertrages und sofortige Abtretung der durch den Vertrag übertragenen Realitäten gerichtet ist. Die Folge der Auflösung des Vertrages ist, daß Alles in den früheren Stand gesetzt werden muß, daß also beide Theile Das zurückerhalten müssen, was sie in Erfüllung des Vertrages gegeben haben. Die Ansprüche des Bekl. auf Erstattung des von ihm Geleisteten stehen auf gleicher Linie mit der Forderung der Kl. auf Herausgabe der übertragenen Realitäten. Beides muß Zug um Zug erfolgen. Nun ist im § 138 der C. P. O. der Grundsatz ausgesprochen, daß Gegenforderungen, welche mit der Klageforderung in rechtlichem Zusammenhange stehen, nicht in getrennten Prozessen verhandelt werden dürfen, sondern in demselben Verfahren zu erledigen sind. Diesen Grundsatz, dessen materielle Unterlage in dem Umstande zu suchen ist, daß bei vorhandenem rechtlichen Zusammenhange die Gegenansprüche geeignet sein können, den Klageanspruch selbst in seiner rechtlichen Existenz und Ausdehnung zu berühren und zu beeinflussen, hat der B. R. vollständig verkannt, indem er den Bekl. auf die Klage zur Herausgabe der übertragenen Realitäten unbedingt verurtheilt, ihn dagegen mit seinen Erstattungsansprüchen auf das sogenannte Schadensliquidationsverfahren verwiesen hat. Der Bekl. selbst macht auch keine Schadensersatzansprüche geltend. Das verkennt allerdings der B. R. nicht, aber er glaubt, daß, weil die Kl. einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Auflösung des Vertrages hätten und im Prinzip geltend machten, nun auch der Bekl. mit seinen schon nach bestimmten Summen aufgestellten Ansprüchen auf die demnächstige Abrechnung über den Schaden der Kl. verwiesen werden könne. Ein solches Verfahren mochte nach dem früheren rheinischen Prozesse, welcher bei Schadensersatzklagen ein besonderes Schadensliquidationsverfahren als Fortsetzung desselben Prozesses kannte, je nach Lage des Falles statthaft erscheinen. Aber dem deutschen Civilprozeß ist ein derartiges Schadensliquidationsverfahren gänzlich unbekannt. Derselbe kennt nur da, wo ein Anspruch nach Grund und Betrag streitig ist, eine lediglich nach Ermessen des Gerichtes eintretende gesonderte Verhandlung und Entscheidung über den Grund und über den Betrag des Anspruchs in demselben Rechtsstreite, § 276. Die hier allgemein gegebene Vorschrift bezieht sich allerdings und vorzugsweise auch auf Schadensersatzklagen; aber von ihrer Anwendung im vorliegenden Falle kann schon deshalb keine Rede sein, weil, wie der B. R. selbst annimmt, der Anspruch der Kl. auf Schadensersatz überhaupt nur dem Grunde nach mit der Klage geltend gemacht ist, daher eine Entscheidung über den Betrag dieses Anspruchs im gegenwärtigen Rechtsstreite gar nicht in Frage steht. Es erscheint hiernach unklar, wie sich der B. R. das Schadensliquidationsverfahren, worauf er den Bekl. verweist, gedacht hat. Sobald das angefochtene Urtheil die Rechtskraft beschritten hätte, würde es doch bezüglich der herauszugebenden Realitäten und Mobilien gegen den Bekl. vollstreckbar sein. Der letztere dagegen würde genöthigt sein, eine neue Klage wegen seiner aus der Auflösung des Vertrages fließenden Gegenansprüche gegen die Kl. anzustellen und einen neuen Prozeß durchzuführen. In diesem würde dann abzuwarten sein, ob die Kl. gegen die Ansprüche des Bekl. ihre etwaigen Schadensersatzansprüche einredeweise geltend machten, was keineswegs feststeht. Bis jetzt haben die Kl. noch gar nicht behauptet, daß ihnen ein Schaden in bestimmter Höhe erwachsen sei, und die vom B. R. angedeutete Kompensation würde in dem demnächstigen Prozesse doch nur eventuell insofern eintreten können, als die Kl. einen Schaden in Höhe der beklagtischen Gegenansprüche nachweisen würden. II. C. S. i. S. Preiß c. Preiß vom 15. Juni 1888, Nr. 177/88 II.

3. Den Rkl. ist allerdings zugegeben, daß für eine Feststellungsklage neben der Klage auf Erfüllung einer Obligation kein Raum ist, wenn und soweit der Gegenstand der Leistungsklage sich mit dem Gegenstand der Feststellungsklage deckt. Dieser Fall liegt aber hier nicht vor, da nach den Klageanträgen Gegenstand der Leistungsklage die Auszahlung der Legate, Gegenstand der Feststellungsklage aber die geforderte Anerkennung bildet, daß Kl. als Legatare für die Nachlaßschulden nicht haften. Die Zulässigkeit einer solchen Klage würde nicht unbedenklich sein, wenn dieselbe nach gemeinrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilen wäre. Denn einer Klage, durch welche bezweckt wird, festzustellen, daß Kl. nicht Miterben der Bekl. geworden seien und daher für die Erbschaftsschulden nicht haften, wird es regelmäßig an dem erforderlichen rechtlichen Interesse fehlen, weil nach gemeinem Recht bezüglich der Erbschaftsschulden eine Rechtsgemeinschaft unter den mehreren Miterben nicht besteht. Nach den Grundsätzen des A. Pr. L. R. Thl. I Tit. 17 § 127, 128 besteht aber unter den Miterben, so lange die Erbschaft noch

nicht getheilt ist, und diese Voraussetzung liegt nach der unbestritten gebliebenen Feststellung des I. R. hier vor — den Gläubigern gegenüber eine Rechtsgemeinschaft und unter diesen Umständen hat das B. G. mit Recht angenommen, daß das zu der alsbaldigen Feststellung des Rechtsverhältnisses erforderliche rechtliche Interesse durch die Thatsache ausreichend begründet wird, daß die Kl. auf Grund der von den Bekl. behaupteten Rechtsgemeinschaft von den Erbschaftsgläubigern zur Bezahlung von Erbschaftsschulden gedrängt wurden. III. C. S. i. S. Siedels und Genossen c. Hillers und Genossen vom 8. Juni 1888, Nr. 64/88 III.

4. Der Berufungsinstanz ist unter den sonstigen Voraussetzungen des § 252 der C. P. O. die Geltendmachung des zurückgewiesenen Vertheidigungsmittels dem Bekl. nach §§ 502 Abs. 1, 503 der C. P. O. mit der Wirkung vorzubehalten, daß in Betreff desselben der Rechtsstreit in der Berufungsinstanz anhängig bleibt. Auch besitzt die Vorschrift des § 502 Abs. 2 der C. P. O. aus den Erwägungen, welche in dem unter Nr. 105 Bd. X der Entscheidungen des R. G. in Civilsachen, in Sachen Bruhn wider Haase vom 7. März 1883 Rep. I. 106/1883 entwickelt sind, nicht die Bedeutung, daß im Falle der Unterlassung des Vorbehalts die Ergänzung des Urtheils nach Vorschrift des § 292 der C. P. O. beantragt werden müsse, sondern nur die Bedeutung, daß dieselbe nachgesucht werden könne, während es der durch die Unterlassung beschwerten Partei auch offen steht, ihr Recht auf den Vorbehalt im Wege der Revision zu verfolgen. Da es sich aber in dem vorliegenden Falle um ein Vertheidigungsmittel handelt, welches sich zugleich als ein in erster I. nicht geltend gemachter, erst in der Berufungsinstanz im Wege der Kompensation erhobener neuer Anspruch charakterisirt, so muß man sich bezüglich desselben zunächst auf den Standpunkt des § 491 Abs. 2 der C. P. O stellen. Diese Kompensationseinrede dürfte also nur zugelassen werden, wenn seitens der Bekl. glaubhaft gemacht wurde, daß sie ohne ihr Verschulden außer Stande gewesen sei, diese Einrede in I. J. geltend zu machen, etwa aus dem einfachen Grunde, weil die betreffende Gegenforderung damals noch nicht ihrer Verfügung unterlegen habe. Die Bekl. war aber zunächst richterlich zu fragen, ob sie die gesetzliche vorgeschriebene Glaubhaftmachung erbringen könne. — Sollte die Bekl. bei der anderweiten Verhandlung diese Glaubhaftmachung erbringen, so würden erst dann die mit dem § 252 der C. P. O. in Verknüpfung mit den §§ 502, 503 eben dort in Zusammenhang stehenden Gesichtspunkte zur Geltung kommen. Für diesen Fall wird zu prüfen sein, ob denn gegenwärtig noch die besondere Voraussetzung zur Anwendung der Normen der §§ 252, 502, 503 vorliege, daß durch Zulassung des letzten Kompensationseinwandes die Erledigung des Rechtsstreits verzögert werden würde. I. C. S. i. S. Listemann c. Landsberg vom 2. Juni 1888, Nr. 133/88 I.

5. Nach § 259 C. P. O. hat das Gericht unter Berücksichtigung des gesammten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Ueberzeugung zu entscheiden, ob eine thatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. Im Anschlusse hieran giebt der § 437 cit. für den Fall, daß das Ergebniß der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht ausreichend ist, um die Ueberzeugung des Gerichts von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Thatsache zu begründen, dem Gerichte die Befugniß, der einen oder der anderen Partei über eine streitige Thatsache einen Eid aufzuerlegen. — Der richterliche Eid ist also nicht, wie der zugeschobene Eid, ein Mittel zur Herstellung formeller Gewißheit, sondern, wie dies auch in der Begründung des Entwurfs der C. P. O. mit Nachdruck betont wird (vergl. Hahn, Materialien Bd. I S. 340), ein Mittel zur Herstellung der richterlichen Ueberzeugung. Seine Ueberzeugungskraft aber kann sich selbstverständlich nicht nach der Beweispflichtigkeit, sondern nur nach der voraussetzlichen Wahrhaftigkeit des Schwörenden bemessen. Und da sein Zweck darin besteht, dem Richter die noch nicht erlangte Ueberzeugung von der wahren Bewandniß der Sache zu verschaffen, so darf sich der Richter bei der Entscheidung, welcher Partei der Eid aufzuerlegen sei, nur durch Momente bestimmen lassen, welche für die Beweiskraft von Erheblichkeit sind. Zu diesen Momenten gehört nicht die Beweispflichtigkeit einer oder der anderen Partei bezüglich des zum Eide verstellten Thatumstandes. Dieselbe giebt zwar den Ausschlag bei Beantwortung der Frage, welcher Partei die Richterwiesenheit einer erheblichen Thatsache zum Nachtheil gereicht. Man wird ihr auch entscheidende Bedeutung beimessen müssen bei Beantwortung der Frage, ob über eine streitige Thatsache ein richterlicher Eid aufzulegen sei; denn diese wird nicht füglich bejaht werden dürfen (wiewohl auch dies bestritten ist), wenn zu Gunsten des Beweispflichtigen nichts oder nur zu Gunsten des Gegentheils etwas erwiesen ist. Wenn aber, wie im gegenwärtigen Falle, nach Befinden des Gerichts so viel zu Gunsten des Beweispflichtigen dargethan ist, daß die Auferlegung eines richterlichen Eides überhaupt für erforderlich erachtet wird, so ist für die Auswahl des Schwurpflichtigen nach dem Vorbemerkten die Beweispflicht der Parteien schlechthin ohne Gewicht und nur das Maß der dem Eide der einen oder der anderen Partei von Gewicht beigelegten Ueberzeugungskraft — vielleicht neben oder in Verbindung mit der Stärke des bereits erbrachten Beweises — von Erheblichkeit. Vergleiche die Motive in Hahns Materialien zur C. P. O. S. 271, 340. So wenig sich das Gericht bei der ihm durch § 259 der C. P. O. zur Pflicht gemachten Entscheidung über das thatsächliche Ergebniß der Verhandlungen und Beweiserhebungen durch die Beweislast beeinflussen lassen darf, welche vielmehr erst für die rechtliche Beurtheilung Bedeutung gewinnt, ebensowenig darf solches bei der für die Eidesauflage gemäß § 437 das. maßgebenden Würdigung der Beweiskraft des zu fordernden Eides geschehen. IV. C. S. i. S. Pitsche c. Pitsche vom 7. Juni 1888, Nr. 64/88 IV.

6. Im Allgemeinen hat zufolge § 260 der C. P. O. das Gericht der Frage, ob ein Schaden entstanden ist und damit auch die Frage nach dem ursachlichen Zusammenhang zwischen dem Verschulden und dem schadenbringenden Erfolg unter Würdigung aller Umstände nach freier Ueberzeugung zu entscheiden. Diese Vorschrift tritt einer strikten Anwendung der Grundsätze von der Beweislast wesentlich im Interesse einer erleichterten Geltendmachung der Schadensansprüche, entgegen. Gleichwohl kann es für die Beurtheilung der Sachlage von Bedeutung sein, die zur Begründung der Klage gehörigen Behauptungen und die Einredethatsachen auseinander zu halten. II. C. S. i. S. Schneider c. Phönix vom 9. Juni 1888, Nr. 143/88 II.

7. Zeuge M. L. gehört allerdings als Sohn des Bekl. zu denjenigen Personen, welche an sich zur Verweigerung des Zeugnisses nach § 348 Nr. 3 der C. P. O. berechtigt sind. Allein es liegt der Ausnahmefall des § 350 Nr. 4 der C. P. O. vor; da M. L. *als Vertreter* des Bekl. die Vereinbarung mit der Kl. am 11. Februar 1884 getroffen hat, so *durfte* er sein Zeugniß über die *vorliegende* Streitfrage nicht verweigern; er hat sich dazu auch bereit erklärt; es hätte sich daher fragen können, ob auch der Zeuge, wie jeder andere Zeuge, auf welchen § 348 keine Anwendung leidet, sogleich gemäß § 356 vor der Vernehmung zu beeidigen gewesen wäre. Da sich aber erst aus seiner Vernehmung ergeben konnte und ergeben hat, ob und inwieweit der Fall des § 350 Nr. 4 vorlag, so hat das B. G. nach § 358 Nr. 3 und Schlußsatz in Verbindung mit § 348 Nr. 3 korrekt gehandelt, wenn es den Zeugen zunächst *ohne* vorgängige Beeidigung vernahm und erst nach beendigter Vernehmung und nach Verhandlung über die Beeidigungsfrage den *Beschluß* faßte, daß der Zeuge zu beeidigen sei, und dann den Beschluß ausführte. I. C. S. i. S. Rothmann c. Levy vom 6. Juni 1888, Nr. 141/88 I.

8. Nach § 479 der C. P. O. erfolgt die Einlegung der Berufung durch *Zustellung* der Berufungsschrift. Diese Zustellung muß sonach nothwendig vorliegen, damit das B. G. in der Lage ist, über die Berufung zu entscheiden. Insbesondere kann ein Versäumnißurtheil, durch welches die Berufung *zurückgewiesen* wird, nur dann beantragt werden, wenn feststeht, daß dieses Rechtsmittel durch Zustellung eines Schriftsatzes *eingelegt* worden und das B. G. mit der Entscheidung befaßt worden ist. Wie die Thatsache, daß eine Partei einen Schriftsatz zum Zweck der Terminsbestimmung eingereicht und letztere auch wirklich stattgefunden hat, die Zurückweisung einer gar nicht — durch Zustellung einer Klageschrift — erhobenen *Klage* durch Versäumnißurtheil nicht zu rechtfertigen vermag, so kann auch ein *Rechtsmittel*, das eine Partei zwar einzulegen beabsichtigte, aber in Wirklichkeit nicht eingelegt hat, nicht zurückgewiesen werden, weil alle Vorbereitungen zur Einlegung getroffen waren und nur noch die Zustellung des Schriftsatzes fehlte. Denn diese Zustellung ist nach der C. P. O. ebenso der entscheidende Akt für die Rechtsmittelinstanzen wie für die I. J. Aus dieser Sachlage ergiebt sich aber mit Nothwendigkeit, daß derjenige, welcher die Abweisung einer angeblich erhobenen Klage oder eines nach seiner Behauptung eingelegten Rechtsmittels durch Versäumnißurtheil beantragen will, zunächst nachweisen muß, daß die Klage wirklich *erhoben* worden bezw. das Rechtsmittel eingelegt worden sei. Aus der Vorschrift des § 646 Abs. 1 der C. P. O. ergeben sich allerdings für die in I. J. obsiegende Partei, deren Gegner zwar eine Berufungsschrift eingereicht und eine Terminsbestimmung erwirkt, dann aber die Zustellung der Berufungsschrift unterlassen hat, erhebliche Schwierigkeiten in Ansehung der Erlangung eines Zeugnisses über die Rechtskraft des in der I. J. erlassenen Urtheils. Aber die Frage, auf welchem Wege sich der Gegner dieses Zeugniß oder eine Entscheidung über den Eintritt der Rechtskraft verschaffen, insbesondere ob und in welcher Weise er eine Entscheidung des B. G. darüber herbeiführen kann, daß eine Berufung *nicht eingelegt* worden sei, steht im vorliegenden Falle nicht zur Entscheidung; denn der Beschwerdeführer hat einen derartigen Antrag nicht gestellt, sondern lediglich *Zurückweisung der Berufung* durch Versäumnißurtheil beantragt, auch den Gegner nicht zur Verhandlung über die Frage, ob eine Berufung überhaupt eingelegt worden sei, laden lassen. II. C. S. i. S. Schieck c. Neubeck vom 15. Juni 1888, B Nr. 55/88 II.

9. Nach dem Thatbestande hat der Bekl. bei Zustellung des Pfändungsbeschlusses, zur Erklärung aufgefordert, angegeben, er habe die gepfändete Forderung seinem Sohne bereits im Jahre 1878 oder 1879 erstattet, während er im gegenwärtigen Prozesse dieselbe durch Verrechnung auf eine ihm zustehende Gegenforderung aufgehoben wissen will. Der B. R. bezeichnet diesen, seitens der Kl. gerügten Widerspruch als unerheblich, weil Bekl. nicht verpflichtet gewesen sei, dem zustellenden Gerichtsvollzieher die Wahrheit zu sagen. Es kann dahin gestellt bleiben, ob in dieser Erwägung, wie die Rkl. meint, eine Verletzung des § 739 der C. P. O. zu finden sei, wonach der Drittschuldner dem pfändenden Gläubiger auf dessen Verlangen unter Anderem zu erklären hat, ob und inwieweit er die Forderung *als begründet anerkenne* und Zahlung zu leisten bereit sei. Denn wenn man dies auch bejahen wollte, obschon dem Drittschuldner eine Verpflichtung zur wahrheitsgemäßen *Motivirung* der Nichtanerkennung in dieser Gesetzesvorschrift nicht auferlegt ist, so hat doch die Verletzung jener Erklärungspflicht nur die Haftung für den hieraus dem Gläubiger entstehenden Schaden zur Folge (§ 739 Abs. 2 cit.), nicht aber die Wirkung, daß der Drittschuldner eine etwa abgegebene unrichtige Auskunft über die Tilgung der gepfändeten Forderung in dem Prozesse des Gläubigers gegen ihn als wahr gelten müßte. IV. C. S. i. S. Pitschke c. Pitschke vom 7. Juni 1888, Nr. 64/88 IV.

Zur Konkursordnung.

10. Mit Unrecht beruft sich die Revision, indem sie geltend macht, zu Erhebung der fraglichen, vom Kl. an den Bekl. cedirten Ansprüche wären die Gläubiger des Kl., welche in dessen durch Verweisung vom August 1878 erledigtem Gant keine Befriedigung erhalten haben, legitimirt, auf eine Entscheidung des R. G. vom 7. Oktober 1887 Bd. III 120/87. In dieser Sache wurde die Annahme, daß die Wiederaufnahme eines vor Einführung der R. K. K. O. anhängig gewesenen Konkurses zum Zweck der Nachvertheilung von Massegegenständen, deren Vorhandensein unbekannt geblieben war, zulässig sei, als nicht rechtsirrthümlich bezeichnet und ausgeführt, daß die damals im Streit befangene Forderung des Gemeinschuldners mit Recht demjenigen Gläubiger überwiesen worden sei, welcher aus dieser Forderung, falls sie zur Konkursmasse gezogen worden wäre, Befriedigung erhalten haben würde; dabei wurde bemerkt, es könne unerörtert bleiben, welchen Einfluß es haben würde, wenn nach der materiellen Beendigung des Konkurses und vor der Ueberweisung der Forderung an diesen Gläubiger der Gemeinschuldner über die Forderung disponirt hätte, da dies nicht geschehen sei. Die in gegenwärtigem Prozeß in Rede stehende Frage, ob der Gemeinschuldner Forderungen, welche seine Gläubiger zu ihrer Befriedigung nicht in Anspruch nehmen, verfolgen könne, ist, wie sich aus dem Angeführten ergiebt, von dem R. G. damals nicht entschieden worden. Dieselbe ist von dem B. R. mit Recht bejaht; ob die Gläubiger solchen Anspruch erheben oder nicht, worüber eine Erklärung auch stillschweigend erfolgen kann, ist Thatfrage.

VI. C. S. i. S. Keppler c. Combe vom 7. Juni 1888, Nr. 96/88 VI.

11. Der klägerischen Forderung kann auch nicht auf Grund von § 41, 2 der K. K. O. ein Pfandrecht zuerkannt werden. Durch diese Gesetzesvorschrift sollen die Ansprüche besonders geschützt werden, welche bei Vollziehung eines Pachtverhältnisses auf Seiten des Verpächters zu entstehen pflegen. Die Kaution, welche vertragsmäßig der Pächter dem Verpächter zu stellen hat, erscheint aber nicht als ein Anspruch aus dem Pachtverhältniß in dem ebenerwähnten Sinne, sondern als eine zum Voraus gewährte Deckung für eventuelle Ansprüche solcher Art. Sie tritt zu dem gesetzlichen Absonderungsrechte, welches der § 41, 2 der K. K. O. dem Verpächter einräumt, als ein weiteres Sicherungsmittel hinzu und läßt ihm die Wahl, ob er sich aus jenem oder diesem, oder aus beiden in der dadurch ermöglichten bevorzugten Weise bezahlt machen will. Daraus aber folgt, daß die Forderung auf Leistung einer vertragsmäßigen Pachtkaution, weil sie nur dazu bestimmt ist, Ansprüche aus dem Pachtverhältniß in verstärkter Weise zu sichern, nicht selbst als eine Forderung aus diesem Verhältniß, wie § 41 a. a. O. sie voraussetzt, bezeichnet werden kann. Dem Kl. ist soweit das Absonderungsrecht dieses Paragraphen mit Recht abgesprochen worden. III. C. S. i. S. o. Stein c. Kuckuck Konk. vom 25. Mai 1888, Nr. 48/88 III.

12. Die Einrede der mangelnden Aktiolegitimation der Kl., welche Bekl. aus dem angeblichen Eigenthum eines Dritten an den ihm am 22. Dezember 1886 gegebenen Werthpapieren herleitet, ist mit Recht verworfen. Zweck der Anfechtung ist zwar, für die Konkursmasse den Zustand, wie er ohne die angefochtene Handlung bestünde, herzustellen und es gehören diejenigen Gegenstände, deren Aussonderung Seitens eines Dritten verlangt werden kann, nicht zum Vermögen des Gemeinschuldners, also nicht zur Konkursmasse. Wie jedoch der B. R. zutreffend bemerkt, haben die Konkursgläubiger auch in dem Fall, wenn ein Dritter Eigenthümer jener Papiere ist, ein Interesse daran, daß dieselben zur Konkursmasse zurückgewährt werden und zwar deshalb, weil, wenn das nicht geschieht, dem Eigenthümer statt des Aussonderungsrechts ein Anspruch auf Werthserstattung gegen die Konkursmasse zustehen würde. Die Konkursverwaltung ist deshalb — ohne daß es darauf ankommt, wie die Papiere in den Gewahrsam des Gemeinschuldners gekommen sind — zu Anfechtung des Rechtsgeschäfts vom 22. Dezember 1886 und auf Grund dieser Anfechtung zu dem Verlangen der Rückgewähr der Papiere zur Konkursmasse berechtigt. VI. C. S. i. S. Köhler c. Reiff Konk. vom 11. Juni 1888, Nr. 103/88 VI.

Zur Rechtsanwaltsgebührenordnung.

13. Mit Unrecht beschwert sich die Bekl. über die Streichung der Prozeßgebühr von 16 Mark für ihren Antrag auf Aufhebung der unter dem 16. Mai 1887 an sie erlassenen einstweiligen Verfügung. Nach § 29 Abs. 1 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte umfassen die im § 13 benannten Gebühren die gesammte Thätigkeit des Rechtsanwalts von dem Auftrage bis zur Beendigung der Instanz; und nach § 29 Abs. 2 Nr. 4 gehört zu der Instanz: „Das Verfahren über einen Antrag auf Aufhebung einer einstweiligen Verfügung, soweit dasselbe mit dem Verfahren über die Hauptsache verbunden ist." In der vorliegenden Sache hatte das L. G. sofort bei der erstmaligen Verhandlung (Protokoll vom 11. Juli 1887) beschlossen, das Verfahren über den erwähnten Antrag mit dem Verfahren über die Hauptsache zu verbinden. Zu einer Trennung der Verfahren (§ 30 Nr. 2 der Gebührenordnung) ist es also nicht gekommen und der Umstand, daß der Anwalt jenen Antrag in einem besonderen Schriftsatze gestellt hat, verschafft ihm noch nicht den Anspruch auf eine besondere Prozeßgebühr. Das R. G. hat dies schon wiederholt mit Hinweis auf die Gesetzesmotive ausgesprochen (Entscheidungen in Civilsachen Bd. 8 Nr. 127 S. 428 flg., Bd. 13 Nr. 79 S. 322 flg.) VI. C. S. i. S. Keller c. Conrad vom 4 Juni 1888 B., Nr. 65/88 VI.

14. Das L. G. hat die Schreibgebühr für die drei Anlagen der Klage auf Grund des § 80 des G. K. G. nach dem Satze von 10 Pf. für die Seite festgesetzt, indem es nur die wirkliche Seitenzahl in Betracht gezogen, aber nicht berücksichtigt hat, daß die Seiten fast die doppelte Zeilenzahl enthalten, als im § 80 als Mindestmaß vorgeschrieben ist. Der Kl. hält dies für unrichtig; er ist der Ansicht, daß nach dem § 80 für je 20 Zeilen mit durchschnittlich 12 Silben eine Schreibgebühr von 10 Pf. zu vergüten sei. Auf Grund einer von ihm aufgestellten Zeilenrechnung gelangt er in der von ihm erhobenen Beschwerde zu dem Ergebniß, daß die drei Klaganlagen, welche thatsächlich beziehungsweise: 79, 5 und 9 Seiten enthalten, einen Schreibwerth von beziehungsweise: 156, 9 und 16 Seiten à 20 Zeilen und 12 Silben darstellen und darnach ihm 10 Mark mehr an Schreibgebühr hätten vergütet werden müssen, als ihm vom L. G. zugebilligt worden. Das O. L. G. hat sich dieser Auffassung des Kl. angeschlossen. Indeß mit Unrecht. Nach der klaren Bestimmung des § 80 findet keine Zeilenberechnung statt, sondern eine Berechnung nach Seiten mit der Einschränkung, daß diese Seiten mindestens 20 Zeilen von durchschnittlich 12 Silben enthalten müssen. Es ist hiernach, wie dies auch in den Motiven zum Gesetz vom 29. Juni 1881 anerkannt wird, nur ein Mindestmaß, aber kein Normalmaß des Inhalts vorgeschrieben und kann daher auch für Seiten, welche mehr als 240 Silben enthalten, nie mehr als 10 Pf. für die Seite an Schreibgebühr berechnet werden. III. C. S. i. S. Kaufmann c. Reh vom 8. Juni 1888, B. Nr. 58/88 III.

II. **Das Handelsrecht.**

15. Die Art. 55 und 296 des H. G. B. entscheiden nicht nur den Fall, wenn ein Handelsgeschäft im Namen einer bestimmten handlungsfähigen Person abgeschlossen wird, ohne daß diese dazu Vollmacht gegeben hat, sondern kommen auch zur Anwendung, wenn der als Vollmachtgeber Bezeichnete nicht existirt oder nicht handlungsfähig ist. In diesem Fall hat der Abschließende ebenso wie in jenem keine Vollmacht. Auch für den zweiten Fall gilt aber auch die Bestimmung des zweiten Absatzes des Art. 55. Wußte der andere Kontrahent bei Abschluß des Frachtvertrags, daß der als Vollmachtgeber Genannte kein handlungsfähiges Subjekt sei, so kann er auch den Mangel der Vollmacht nicht geltend machen. Es fragt sich also, ob im vorliegenden Fall diese Voraussetzung gegeben ist. I. C. S. i. S. Lind c. Burmeister vom 11. April 1888, Nr. 73/88 I.

III. **Sonstige Reichsgesetze.**

Zum Genossenschaftsgesetz.

16. Dem § 39 des Gen. Ges. kann, wie das B. U. richtig annimmt, die Bedeutung nicht beigelegt werden,

daß es absolute Vorschrift für eine Genossenschaft sei, für die Auseinandersetzung mit dem ausgeschiedenen Genossen den von der Wirklichkeit abweichenden Werth der Aktiven, wie er gebucht und in den Bilanzen aufgeführt ist, zu Grunde zu legen. Der Geschäftsantheil ist zu gewähren, wie er sich aus den Büchern ergiebt. Das bedeutet nach der Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung, das austretende Mitglied soll seinen Geschäftsantheil nur in dem Umfange zu fordern haben, wie er sich in Folge der zugeschriebenen Dividenden und der abgeschriebenen Verluste als Resultat der Geschäftsführung der Genossenschaft ergiebt, wie solches durch die Bücher nachgewiesen wird. — Vergl. u. A. das Urtheil des R. O. H. G. Bd. 8, 68. — Der buchmäßige Antheil ist gewählt im Gegensatz zum eingezahlten Antheil des Preußischen Gesetzes. Dabei ist offenbar davon ausgegangen, daß die Bücher der Genossenschaft präsumtio das richtige Verhältniß wieder geben. Es ist ihnen aber nicht die Bedeutung eines für die Werthsannahmen ausschließlich maßgebenden Faktors beigelegt. Wenn, wie hier, die Genossenschaft den, bei einer so kleinen Genossenschaft und dem nicht erheblichen Umfang ihres Vermögens zulässigen, an sich richtigeren Weg wählt, die Aktiva in jedem einzelnen Fall schätzen zu lassen, so steht dem der Gedanke des Gesetzes nicht entgegen. Sein Ausdruck ist diesem Gedanken entsprechend zu verstehen. Für die Entscheidung dieses Streitfalles ist es unerheblich, wie die Worte im Eingang des zweiten Absatzes zu beziehen sind: Wenn der Gesellschaftsvertrag nichts Anderes bestimmt. Auch wenn diese Worte fehlten, würde auch gegenüber dem § 9 des Gesetzes nicht anders zu entscheiden sein. Hiernach und da auch sonst eine Gesetzesverletzung nicht ersichtlich ist, war die Revision zurückzuweisen. Dem Rkl. waren gemäß C. P. O. § 92 die Kosten dieser Instanz aufzuerlegen. I. C. S. i. S. Meyerhold c. Hausgenossenschaft Eintracht vom 6. Juni 1888, Nr. 135/88 I.

IV. Das Gemeine Recht.

17. Nach dem gemeinen Rechte, den Vorschriften des römischen und kanonischen Rechts, verliert im Falle der Ehescheidung wegen Ehebruchs — ob auch in anderen Fällen kann hier unentschieden bleiben — die schuldige Frau zur Strafe ihr Heirathsgut, der schuldige Ehemann die donatio propter nuptias, bezw. das an ihre Stelle getretene Gegenvermächtniß, die Widerlage &c., und wenn eine dos, oder eine donatio propter nuptias nicht bestellt worden ist, den vierten Theil des Vermögens, woran, wenn Kinder vorhanden sind, der nichtschuldige Theil den Nießbrauch, sonst das Eigenthum erwirbt. Wenn diese Strafbestimmung darnach einen subsidären Charakter hat, so ist dieses doch nicht in dem Umfange der Fall, wie das B. G. angenommen hat. Geht man auch davon aus, daß der Mann als schuldiger Theil an die Frau den vierten Theil seines sonstigen Vermögens nur in Ermangelung einer Eheschenkung oder sonstiger Herausgabe als Strafe verliere, so kann man dieses doch nur auf solche Vortheile beziehen, welche die Frau aus dem Vermögen des Mannes erhält, nicht aber auf die Herausgabe, bezw. Rückgewähr solcher Rechte und Vortheile, welche der Mann durch die Eheschließung, bezw. durch einen mit Rücksicht auf diese geschlossenen Vertrag aus dem Vermögen der Frau erhalten hat. III. C. S. i. S. Niebuhr c. Niebuhr vom 25. Mai 1888, Nr. 56/88 III.

18. Das B. G. untersucht, ob — wie beklagterseits behauptet ist — die in Hildesheim wohnhaft gewesenen Schwiegereltern der Kl. beabsichtigt hätten, der fraglichen Zuwendung die Eigenschaft von Dotalgut im Sinne des römischen Rechts beizulegen und ob sie solcher Absicht in ihrem in Hildesheim errichteten Testamente einen erkennbaren Ausdruck gegeben hätten. Und er verneint dies, weil nach dem mitgetheilten unstreitigen Inhalt des Testaments die Rente an die Kl. allein gezahlt werden und der Disposition des Bekl. in keiner Weise unterliegen, mithin nicht in dessen Vermögen übergehen sollte. Dieser Grund ist zutreffend, da das Wesen der Dos eben darin besteht, daß sie eine von Seiten der Frau dem Manne zur Bestreitung der Ehelasten zugeführte Vermögensvermehrung ist. Windscheid, Pandekten Bd. II §§ 492, 493. Dernburg, Pandekten Bd. III §§ 13, 16. Dasjenige, was Sondervermögen der Frau bleibt, kann daher nicht zum Dotalvermögen im juristischen Sinne gehören, mag es auch von dem Zuwendenden mit der Verpflichtung einer Beitragleistung zu den Kosten des gemeinschaftlichen Haushalts der Eheleute beschwert sein. Diesem zweifellosen That- und Rechtsbestande gegenüber hat der B. R. die vom Bekl. beantragte Beweiserhebung über angebliche abweichende Intentionen des Erblassers mit Recht abgelehnt, weil solche die Rechtsfolgen des erklärten Willens nicht umzuändern vermögen würden. IV. C. S. i. S. Reuter c. Stoltze vom 17. Juni 1888, Nr. 74/88 IV.

19. Nach den Feststellungen des II. R. steht nicht zu bezweifeln, daß auch der II. R. in Uebereinstimmung mit dem I. R. davon ausgeht, daß der Kl. den Besitz an den Badeeinrichtungen und insbesondere an den Hochreservoirs, dem Warmbadehaus, der zwischen beiden belegenen Röhrenleitung und einer freien Kommunikation von den Reservoirs zum Badehause ausgeübt hat, und daß dieser Besitz von dem Bekl. in der angegebenen Weise gestört worden ist. Mit Recht ist auf Grund dieser Feststellungen angenommen worden, daß die Spolienklage begründet sei. Der Rkl. sucht zwar unter Berufung auf die Ausführungen bei Bähr, Urtheile des R. G., S. 38 ff. auszuführen, daß hier die Spolienklage nicht zulässig sei, weil im gegebenen Fall der dazu erforderliche Realbesitz fehle. Es kann indeß dahin gestellt bleiben, ob die Ausführungen des genannten Schriftstellers vom Standpunkt des gemeinen Rechts zutreffend sind und insbesondere ob nach gemeinem Recht die Spolienklage bei Servituten und ähnlichen Rechten, bei welchen ein Realbesitz begrifflich ausgeschlossen ist, außer Anwendung bleiben muß. Denn nach dem hier maßgebenden partikularen Recht (§ 1 der Verordnung zur Verminderung und Abkürzung der Spoliensachen und aus dem jüngsten Besitz entstehenden Streitigkeiten, für die Herzogthümer Schleswig und Holstein vom 13. Januar 1797) ist die Spolienklage auch dann zulässig, wenn Jemand eigenmächtig aus der Ausübung einer Befugniß gesetzt oder in derselben gestört ist. III. C. S. i. S. v. Baur-Breitenfeldt c. Pollaczek vom 15. Juni 1888, Nr. 85/88 III.

20. Im Sinne der condictio indebiti zahlt eine Nichtschuld auch derjenige, welcher eine an und für sich begründete Forderung tilgt, wenn dieser eine wirksame Einrede entgegen stand. Die condictio indebiti ist daher zunächst unbestritten begründet, wenn die Zahlung in entschuldbarem Irrthum über das Bestehen

einer solchen Einrede erfolgt (vergl. l. 26 § 3 Dig. de cond. indeb. 12, 6). Andererseits ist die condictio indebiti dann ausgeschlossen, wenn dem Schuldner bekannt war, daß er wegen dieser Einrede im Rechtswege nicht zur Zahlung verurtheilt werden könne (vergl. l. 26. § 3 l. c.: „nisi sciens se tutum exceptione solvit“). Diesem letzteren Falle steht aber nicht der andere, hier vorliegende gleich, wo Jemand zahlt, weil er irrthümlich glaubt, er werde nicht im Stande sein, eine Einrede, von deren Existenz er persönlich überzeugt ist, zu beweisen. In solchem Fall erfolgt die Zahlung, nicht, weil der Zahlende eventuell auch eine Nichtschuld zahlen will, sondern weil er nach den thatsächlichen Verhältnissen annimmt, daß im Rechtswege diese Schuld als eine bestehende werde anerkannt werden, mithin wenn diese Annahme durch einen Irrthum über die Beweisbarkeit der Einrede hervorgerufen ist, in der irrthümlichen Meinung, eine nach dem maßgebenden objektiven Recht bestehende Schuld zu tilgen, mag er auch immerhin subjektiv von der Nichtexistenz dieser Schuld überzeugt sein. Dem Zahlenden in diesem Fall die condictio indebiti zu versagen, erscheint um so weniger gerechtfertigt, als nach der Entscheidung Justinian's in der l. 11 Cod. de cond. indeb. 4, 5 auch demjenigen die condictio indebiti gegeben wird, der im Zweifel über das Bestehen einer Schuld gezahlt hat, es sei denn, daß die Zahlung auf Grund eines Vergleichs (vergl. hierüber auch die l. 65 § 1 Dig. de cond. indeb. 12, 6) erfolgt ist. Zu demselben Ergebniß würde man übrigens auch dann gelangen, wenn man sich auf den Standtpunkt des B. G. stellen und annehmen wollte, daß der Irrthum über die Beweisbarkeit einer Einrede bei vorhandener Ueberzeugung von der Nichtexistenz derselben nicht ausreichend sei, um die condictio indebiti zu begründen. Denn der Irrthum über die Beweisbarkeit bezog sich nur auf die eine den Bekl. vermeintlich zustehende Einrede gegen den Abschichtungsvertrag vom 7. April 1869, daß nämlich Sebastian L. doloser Weise seinen Vermögensbestand zu gering angegeben habe. Diejenigen Thatsachen aber, welche die Bekl. zur Begründung der zweiten Einrede gegen den Abschichtungsvertrag verwerthet haben, — die am 9. April 1867 erfolgte Testamentserrichtung seitens des Sebastian L. und seiner ersten Ehefrau, sowie die Verheimlichung dieser Thatsache bei dem Abschluß des Abschichtungsvertrags — sind ihnen, wie sie behaupten, erst nach der Erklärung vom 13. April 1887 bekannt geworden. Nun wird man aber nicht rechtsgrundsätzlich den Satz aufstellen können, daß derjenige, welcher in Kenntniß einer ihm zustehenden Einrede z. B. der Einrede der Verjährung zahlt, die condictio indebiti verliert, wenn er sich bei der Zahlung in Unkenntniß über eine zweite Einrede z. B. der Erbe über die bereits von seinem Erblasser erfolgte Tilgung der Schuld, befand und den Umständen nach anzunehmen ist, daß er bei Kenntniß dieser Thatsache die Zahlung nicht geleistet haben würde. Denn auch in solchem Fall ist die Zahlung auf einen Irrthum des Zahlenden zurückzuführen, welche im Wege der condictio indebiti, falls anders deren übrige Voraussetzungen vorliegen, zurückgefordert werden kann. Daß aber die Bekl. bei Kenntniß von der Existenz und dem Inhalt des Testaments vom 9. April 1867 die Erklärung vom 13. April 1887 nicht abgegeben haben würden, wird vom B. G. wenigstens als möglich unterstellt. Es hätte daher auch dann eine Aufhebung des Urtheils erfolgen müssen, wenn die Auffassung des B. G. über die Unerheblichkeit eines Irrthums über die Beweisbarkeit einer Einrede hätte gebilligt werden können. III. C. S. i. S. Rinneberg und Gen. c. Lintz vom 1. Juni 1888, Nr. 60/88 III.

V. Das Preußische Allgemeine Landrecht.

21. Die bloße „dauernde physische Verbindung“ einer beweglichen mit einer unbeweglichen Sache verleiht der ersteren nicht die Eigenschaft einer Liegenschaft. Sowohl das in den Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. 11 S. 251 abgedruckte Urtheil vom 24. Juni 1880, als das spätere Urtheil des R. G. vom 24. März 1887 in Sachen der Gesellschaft englische Wollwaarenmanufaktur wider den Preußischen Fiskus — IV 346/86 — fordern mehr, als die bloße „dauernde physische Verbindung“. Diese kann auch bei einem Pertinenzstücke vorhanden sein. Nur die Eigenschaft als Bestandtheil der unbeweglichen Einheit verleiht der mit dem Grundstücke in dauernde Verbindung gebrachten beweglichen Sache die Eigenschaft der unbeweglichen Sache. IV. C. S. i. S. Fiscus c. Paetz vom 28. Mai 1888, Nr. 53/88 IV.

22. Demjenigen, welcher eine Conventionalstrafe für Verzug in der Realisirung einer nach Ablauf einer bestimmten Dauer eines geschäftlichen Verhältnisses zu bewirkenden Abrechnung fordert, hat die Stipulation der Conventionalstrafe, den Ablauf des betreffenden Zeitraums, und die Aufforderung zur Abrechnung zu beweisen; dagegen ist es Sache des wegen der Konventionalstrafe in Anspruch Genommenen, klarzulegen, daß er der von ihm geforderten Pflicht genügt habe, oder daß bestimmte Voraussetzungen beständen, welche trotz der von der Gegenseite erwiesenen Thatsachen den Anspruch auf Zahlung von Konventionalstrafe als eine arglistige erscheinen ließen. Die Nichterfüllung einer Verpflichtung braucht der Berechtigte auch dann nicht zu beweisen, wenn aus derselben ein sekundäres Recht hergeleitet und im Wege der Klage und Einrede geltend gemacht wird. I. C. S. i. S. Listemann c. Landsberg vom 2. Juni 1888, Nr. 133/88 I.

23. Mit Recht bezeichnet das O. L. G. die Nr. 12 des § 367 des Str. G. B. als ein auf Schadensverhütungen abzielendes Polizeigesetz im Sinne des § 26 Thl. 1 Tit. 6 des A. L. R. Verhüten will aber die Nr. 12, wie ihr Inhalt deutlich ergiebt, nur einen im erlaubten Verkehr für Menschen zu befürchtenden Schaden. Wer sich befugter Weise auf öffentlichen Straßen, Wegen 2c. und überhaupt an Orten, an welchen Menschen verkehren, befindet, soll gegen die Gefahren geschützt sein, welche aus der mangelhaften Verdeckung oder Verwahrung von Brunnen, Gruben u. s. w. erwachsen. Dagegen will das Gesetz dem unerlaubten oder verbotenen Verkehr einen Schutz nicht gewähren und den Eigenthümer oder Inhaber nicht nöthigen, bei Vermeidung der Entschädigungspflicht, Sicherheitsvorrichtungen zu Gunsten derjenigen zu treffen, die ohne Berechtigung gegen seinen erklärten Willen oder zu unerlaubten Zwecken die bezeichneten Orte betreten haben. Wäre also dem Kl. das Betreten des Fabrikhofes in der von der Bekl. behaupteten Weise ausdrücklich verboten gewesen, und hätte der Kl. nicht etwa in Folge eines durch die Dunkelheit erklärten Abweichens vom Wege, sondern wissentlich oder im selbstverschuldeten Zustande der Trunkenheit, wie Bekl. behaupten zu wollen scheint, das ihm ertheilte und als noch gültig bekannte

Verbot übertreten, so würde der ihm bei dieser Uebertretung durch den Sturz in eine ungenügend verwahrte Grube entstandene Schaden nicht als ein Schaden angesehen werden können, auf dessen Verhütung der § 367 Nr. 12 des Str. G. B. abzielt, und bei dessen Ersatz der § 26 Thl. I Tit. 6 des A. L. R. zur Anwendung kommt. (Vergl. Entscheidungen des R. O. H. G. Bd. 11 S. 426; Entscheidungen des Preußischen Ober-Tribunals Bd. 60 S. 17; Striethorst Archiv Bd. 45 S. 210). Ob in den Fällen, in welchen hiernach ein Entschädigungsanspruch nicht stattfindet, auch die Bestrafung aus § 367 Nr. 12 cit. ausgeschlossen sein möchte, ist hier nicht zu entscheiden. VI. C. S. i. S. Dörstewitz-Rottmannsdorfer Braunkohlenindustrie c. Kuntze vom 7. Juni 1888, Nr. 97/88 VI.

24. Es wird als Regel anzunehmen sein, daß, wenn die nachgewiesenen Besitzhandlungen sich objektiv erkennbar als der Besitz eines Rechtes charakterisiren, Demjenigen, welcher aus diesen Besitzhandlungen eine Ersitzung ableitet, der Nachweis des guten Glaubens und der Absicht, durch die Besitzhandlungen ein Recht auszuüben, nicht besonders obliegt, vielmehr der Mangel dieser Voraussetzungen zum Gegenbeweise gehören würde; A. L. R. Thl. I Tit. 7 §§ 11—13, 81, 82, Entscheidungen des Obertribunals Bd. 4 S. 175 (Plenarbeschluß vom 27. August 1838), Eccius Preußisches Privatrecht, 5. Auflage, Bd. 3 S. 98, 226, 227, 372; daß auch ferner zu der „Meinung des Handelnden, daß ihm ein solches fortdauerndes Recht wirklich zustehe", welche den § 82 Thl. I Tit. 7 des A. L. R. als Erforderniß des Besitzerwerbes eines negativen Rechtes bezeichnet, nicht die Klarheit des Besitzenden über die juristische Natur seines Rechtes, sondern nur die Absicht, ein Recht von bestimmten materiellem Inhalte auszuüben, erfordert wird. Eccius a. a. O. S. 373, 374, Entscheidungen des Obertribunals Bd. 47 S. 27. V. C. S. i. S. Stadt Lebus c. Fischerinnungen der Lebuser und Gubener Vorstadt vom 26. Mai 1888, Nr. 77/88 V.

25. Die Ausführung des B. R. ist rechtsirrthümlich, sie verkennt den Rechtsbegriff des „Gutbefinden", eines Dritten, welchem die Bestimmung des Kaufpreises von den Betheiligten überlassen ist, worüber in den §§ 48—51 des A. L. R. Thl. I Tit. 11 gehandelt wird. Darunter kann nur ein freies subjektives Ermessen verstanden werden, welches nach individueller Auffassung und Schätzung die verlangte Werthsbestimmung trifft und bei bester Treue je nach der Verschiedenheit des Schätzers verschieden ausfallen kann (§ 50 a. a. O.). Unter diesen Begriff fällt also nicht eine Bestimmung, welche nach feststehenden objektiven Normen erfolgen soll und bei Beobachtung derselben stets dasselbe Resultat ergeben muß, von wem sie auch ausgehen mag. Das ist aber der Fall, wenn wie hier, die Größe einer gegebenen Grundfläche nach den Regeln der Feldmeßkunst zu ermitteln ist, welche auf der Grundlage einer exakten Wissenschaft arbeitet. Eine Verschiedenheit in dem Resultate der Vermessung von verschiedenen Feldmessern ist bei gewissenhafter Arbeit zwar möglich innerhalb einer unbedeutenden Fehlergrenze, diese bestimmt sich aber nicht nach subjektivem Ermessen, sondern hat ihren Grund in der Unzulänglichkeit der Kunst, die unregelmäßige Terraingestaltung bis in das Kleinste hinein zu verfolgen und zu berechnen. Solchen Differenzen, die bei allen realen Ermittelungen nicht zu vermeiden sind, wird aber im Verkehr eine Bedeutung nicht beigelegt, die Bestimmung des Preises einer Waare nach Maaß oder Gewicht, wenn die Waare bereits übergeben ist oder sonst speziell ausgesondert vorliegt, hat stets und überall als feste Preisbestimmung gegolten. Sollte aber der B. R. lediglich darauf Gewicht legen, daß es sich im vorliegenden Falle um die Ermittelung des Areals handle, welches zu Gärten, Wiesen und Acker benutzt werde, so kann auch dieser Umstand für die Ansicht nicht verwerthet werden, es komme bei der dem Feldmesser im Pachtvertrage zugewiesenen Vermessung auf ein Gutfinden im Sinne der angezogenen Gesetzesstellen an. Denn die Bestimmung, was Wiese, Garten und Acker im Gegensatz zu Wasser, Weg und Unland ist, erfordert nur gewöhnliche Kenntniß und Erfahrung, die durchschnittlich Jedem, vor allen aber einem Feldmesser beiwohnt, und wird deshalb, weil sie außerhalb des Bereiches einer schwankenden subjektiven Schätzung liegt und nach überall geläufigen festen Normen erfolgt, stets die gleiche sein, in wessen Hand sie auch gegeben sein mag. V. C. S. i. S. Heubuch c. Bischoff vom 9. Juni 1888, Nr. 93/88 V.

26. Die Sache steht so, daß das Kaufobjekt nach dem Verkauf und vor der Auflassung von einer öffentlich rechtlichen Belastung ergriffen worden ist, wofür zugleich eine Entschädigung gewährt werden mußte und gewährt worden ist, und die zu entscheidende Frage ist die: welcher Partei nach Maßgabe des zwischen ihnen bestehenden kaufgeschäftlichen Verhältnisses diese Entschädigung gebührt? Diese vom B. R. gar nicht erörterte Frage kann nur zu Gunsten des Bekl. beantwortet werden. Der Bekl. hat vom Kl. ein damals noch nicht mit einer Baubeschränkung belastetes Grundstück gekauft. Die Auferlegung der Baubeschränkung erfolgte demnächst ohne Mitwirkung und Verschuldung des Kl., und es kann daher zwar einerseits der Kl. für die daraus entstandene Verschlechterung des Kaufobjekts nicht verantwortlich gemacht werden; aber andererseits erfolgte die zu Lasten des Käufers wirkende Auferlegung der Baubeschränkung gegen eine dafür gewährte Entschädigung. Die Frage, wem im Verhältniß der Parteien zu einander diese Entschädigung gebührt, läßt sich deshalb nicht von der Frage trennen, zu wessen Lasten die mit der Entschädigung abgegoltene Belastung des Grundstücks erfolgte, und da dies zu Lasten des Bekl. als Käufers geschah, ist er auch derjenige, dem die Entschädigung zukommt; denn das, wofür die Entschädigung gezahlt wird, ist ihm vom Kl. verkauft worden. Vergleiche Koch Commentar zum A. L. R. zu Thl. I Tit. 11 § 108. Daran kann der Umstand an und für sich nichts ändern, daß die Parteien, wie der B. R. annimmt, beim Vertragsschluß schon wußten oder voraussahen, daß die Sache so kommen werde; dies ist oftmals der Fall bei Landankäufen vor einer in Aussicht stehen Enteignung und es beruhen darauf vielfache Spekulationskäufe. Wenn ein Gegentheiliges nicht ausgemacht wird, so ist entscheidend, daß die später eintretende Enteignung, oder wie hier die Baubeschränkung nicht den Verkäufer, sondern den Käufer trifft und daß die Entschädigung für die Enteignung beziehungsweise Baubeschränkung gezahlt wird. V. C. S. i. S. Jaenicke c. Friedländer vom 9. Juni 1888, Nr. 69/88 V.

27. Nach den Vorschriften des A. L. R. besteht das Wesen des eingebrachten Vermögens darin, daß es dem ehemännlichen

Verwaltungs- und Nießbrauchsrechte unterworfen ist (§§ 205, 231 Thl. II Tit. 1 des A. L. R.). Ihm gehört das gesammte Vermögen der Frau an, soweit demselben nicht durch Gesetz, Vertrag oder Bestimmung des zuwendenden Dritten die Eigenschaft des vorbehaltenen beigelegt ist (§§ 210, 214 daselbst). Hier liegt der letztgedachte Fall vor. Denn nach der einwandsfreien Feststellung des B. G. ist durch die testamentarische Bestimmung der Schwiegereltern der Kl. die Verwaltung und der Nießbrauch des Bekl. an der Jener vermachten Rente völlig ausgeschlossen. Daß die Zuwendung nicht ausdrücklich als vorbehaltenes Vermögen der Kl. bezeichnet ist, erscheint gleichgültig; es genügt, daß die wesentlichen Begriffsmerkmale solchen Vermögens auf die Zuwendung nach der maßgebenden Disposition der Zuwendenden zutreffen. Und dies um so zweifelloser, als die Testatoren voraussetzlich und nach der eigenen Behauptung des Bekl. mit den einschlägigen Vorschriften und Definitionen des A. L. R. nicht vertraut gewesen sind. Der Begriff des vorbehaltenen Vermögens wird auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Kl., so lange sie die volle Rente bezog, nämlich für die Dauer ihres Zusammenlebens mit dem Bekl., bestimmungsmäßig davon ebensoviel zu den Kosten des gemeinschaftlichen Haushalts verwenden sollte, als von dem Bekl. darauf verwendet wurde. Denn diese obligatorische Verpflichtung zu einer auch dem Manne zu Gute kommenden Verwendung beschränkt in keiner Weise die Verwaltungs- und Verfügungs-Macht der Kl. über die Rentenbezüge, in welcher das wesentliche Kriterium des vorbehaltenen Vermögens liegt (§ 221 Thl. II Tit. 1 des A. L. R.). Allerdings wurde hierdurch die Rente in wirthschaftlicher Hinsicht einer zum eingebrachten Vermögen gehörigen Rente ähnlich. Allein die rechtliche Auffassung ihrer Natur ist dadurch nicht alterirt. Jene Verwendungs-Vorschrift bezieht sich überdies, was der B. R. mit Recht hervorhebt, gar nicht auf diejenige Hälfte der Rente, welche der Kl. nach bereits vorher erfolgter thatsächlicher Trennung von dem Bekl. zur Zeit der Ehescheidung nur gebührte und um welche es sich hier allein handelt. Um so weniger kann dieselbe ein Argument zu Gunsten der Auffassung des Bekl. abgeben. — Ist hiernach die fragliche Rente vom B. R. ohne Rechtsirrthum zu dem vorbehaltenen Vermögen der Kl. gerechnet, so ist nach richtiger, auch dem Revisionsurtheile vom 17. Oktober 1887 zu Grunde liegender, Auffassung des § 801 Thl. II Tit. 1 des A. L. R. solche bei Bestimmung der der Kl. gebührenden Verpflegungsgelder nicht in Anrechnung zu bringen. IV. C. S. i. S. Reuter c. Stolpe vom 14. Juni 1888, Nr. 74/88 IV.

28. Es ist die Klage auf § 693 II 1 A. L. R. gestützt; und diese Vorschrift greift gerade dann Platz, wenn der eigentliche Grund für das Entweichen des beklagten Ehegatten nicht aufgeklärt wird. — Im Uebrigen hat Kl. unter Beweis gestellt, daß Bekl. seit 1882 nach Amerika ausgewandert sei, daß sie sich seitdem beim Deutschen Konsul zu Chicago wiederholt nach dem Verbleiben des Bekl. erkundigt und vom Konsul die Auskunft empfangen habe, Bekl. habe sich gemeldet, verweigere aber die Angabe seiner Adresse. Dieses Vorbringen muß im Sinne des § 693 in Verbindung mit §§ 690, 691 l. c. für ausreichend gelten; und die Nichterörterung desselben aus der Erwägung, daß Kl. bei den Verwandten des Bekl. Erkundigungen unterlassen, die angebliche Auskunft des Konsuls nicht aufgehoben, so solche nicht einmal zeitlich näher zu bezeichnen vermöge, erscheint weder materiell noch prozessualisch gerechtfertigt. IV. C. S. i. S. Böttcher c. Böttcher vom 4. Juni 1888, Nr. 9/88 IV.

VI. Sonstige Preußische Landesgesetze.

Zu den Ablösegesetzen.

29. Das B. G. geht davon aus, daß zwar in der Regel das Eigenthum an Grundstücken von demjenigen erworben werde, welchem dieselben durch Rezeß zugewiesen sind, daß aber diese Regel dann ausgeschlossen sei, wenn die Person, welcher die Grundstücke zugetheilt worden, kein eigenes Vermögen in die Separation eingeworfen habe, daß vielmehr in solchem Falle die ausgewiesenen Grundstücke demjenigen gebühren, welchem die dadurch abgefundenen Rechte zugestanden haben. Es kann dahin gestellt bleiben, ob der Regelsatz richtig ist; jedenfalls unterliegt der allein zur Anwendung gebrachte, als Ausnahme hingestellte, Satz keinem Bedenken. Nach den Bestimmungen der Gemeinheitstheilungsordnung vom 7. Juni 1821 wird, sofern nicht die Gemeinheitstheilung den Zweck verfolgt, neues Eigenthum zu begründen, wohin z. B. die im § 101 angeordnete Anweisung von Land zu einer ungenügend dotirten Schullehrerstelle zu rechnen ist, die Auseinandersetzung der Gemeinheit dadurch bewirkt, daß den sich auseinandersetzenden Theilnehmern an die Stelle ihrer Berechtigungen eine angemessene Entschädigung überwiesen wird (§ 56). Daraus ergiebt sich, daß die Entschädigung für die aufgehobene Berechtigung gewährt wird, daß sie also demjenigen zufällt, welchem die aufgehobene Berechtigung zustand. V. C. S. i. S. Stadt Seelow c. Kirchengemeinde Seelow vom 9. Juni 1888, Nr. 85/88 V.

Zu den Stempelgesetzen.

30. Der Vollmachtsvertrag wird, wenn die Gesetze einen schriftlichen Vertrag erfordern, mit der Ertheilung der schriftlichen Vollmacht von der einen Seite und deren Annahme auf der anderen Seite geschlossen (§ 11 Thl. I Tit. 13 des A. L. R.). Der Vollmachtsstempel, der als Vertragsstempel aufgefaßt werden muß, lastet auf der Urkunde, welche die Vollmachtsertheilung enthält. Im vorliegenden Falle ist in einer und derselben Urkunde zweien Personen Vollmacht zur Führung eines Rechtsstreites ertheilt. Es muß also nach der Urkunde ein Vollmachtsvertrag zwischen der Kl. als Vollmachtgeberin und den beiden genannten Personen als Bevollmächtigten angenommen werden. Diese Vollmachtsertheilung an mehre Personen hat die Bedeutung, daß die zur Führung des Rechtsstreites für die Machtgeberin gehörigen Handlungen von jedem der beiden Bevollmächtigten mit Rechtswirkung vorgenommen werden können, die Bevollmächtigten also in der Lage sind, die durch die Führung des Rechtsstreits bedingten Mühwaltungen unter sich zu vertheilen. Es beruht also auf mangelhafter Auffassung des Rechtsverhältnisses, wenn der Bekl. daraus, daß die Vollmacht zweien Personen ertheilt ist, den Schluß zieht, daß zwei Vollmachtsverträge geschlossen und zwei Vollmachten ertheilt sind. Ebenso verfehlt ist die Ausführung, daß die Vollmacht, soweit sie dem einen Rechtsanwalte ertheilt ist, die Thätigkeit dieses Rechtsanwaltes, soweit sie dem anderen Anwalte ertheilt ist, die Thätigkeit dieses anderen Anwaltes zum Gegenstande hat. Denn die Vollmacht trägt nicht dem einen Anwalt die eine, dem anderen die andere Thätigkeit auf. Beiden Anwalten zusammen wird vielmehr die

zum außergerichtlichen Betriebe des Rechtsstreites und zur Vertretung der Machtgeberin vor Gericht erforderliche Thätigkeit mit der Ermächtigung geeignet erscheinender Vertheilung der Mühwaltungen aufgetragen. Die fernere Ausführung des Rkl., daß, wenn die Bevollmächtigung eines jeden der beiden Anwalte in besonderer Urkunde geschehen wäre, für jede Urkunde der Stempel von 1,50 Mark zu verwenden sein würde, ist für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits, in welchem es sich um eine Vollmachtsurkunde handelt, nicht verwerthbar. Erhält zur Führung eines und desselben Rechtsstreites der eine Rechtsanwalt in der einen Urkunde, der andere in einer anderen Urkunde Vollmacht, so wird zwar in der Regel der Abschluß mehrer Vollmachtsverträge anzunehmen sein. Es ist aber nicht ausgeschlossen, daß ein Vollmachtsvertrag mit mehren Rechtsanwalten auch in mehren Vollmachtsurkunden, wenn dieselben inhaltlich auf einander Bezug nehmen, zum schriftlichen Ausdruck gelangt. IV. C. S. i. S. Fiskus c. Aktien-Zuckerfabrik Körbisdorf vom 14. Juni 1888, Nr. 73/88 IV.

Zu dem Gesetz vom 11. Mai 1842 über den Rechtsweg gegen polizeiliche Verfügungen.

31. Die Ausführung der Revision, daß nach § 2 dieses Gesetzes der Rechtsweg ausnahmsweise eröffnet werde, weil Kl. behauptete, daß von ihm und seinen Vorbesitzern das streitige Grundstück in seiner vollen Breite seit mehr als 60 Jahren als Ackerland benutzt worden sei, kann nicht für zutreffend erachtet werden. Wenn auch unterstellt wird, daß Kl. durch Führung des erbotenen Beweises den Erwerb des freien Eigenthums durch Ersitzung darthue, findet die Ausnahmebestimmung keine Anwendung, denn einen speziellen Rechtstitel im Sinne des angeführten Gesetzes bildet nur derjenige, welcher ein unmittelbares Rechtsverhältniß zwischen dem Kl. und der Polizeibehörde begründet, den die letztere daher als sie verpflichtend anzuerkennen hat (vergl. Oppenhoff, Ressortverhältnisse S. 350 Anm. 68 und 71). In Erlassung polizeilicher Verfügungen ist die Polizeibehörde auch durch das anerkannte Eigenthumsrecht des Einzelnen nicht beschränkt. II. C. S. i. S. Klemme c. Gemeinde Willich vom 15. Juni 1888, Nr. 116/88 II.

Zu den Grundbuchgesetzen.

32. Der Kaufvertrag zwischen den Parteien über die in Frage stehende Bauparzelle ist mündlich, also formlos abgeschlossen. Ist nun auch die Parzelle später dem Bekl. zum größeren Theil aufgelassen worden, so ist doch eine Auflassung des zur Straße verwendeten Theils nicht erfolgt, also daran ein Eigenthum des Bekl. nicht entstanden; durch jene Auflassung ist aber auch nicht nach § 10 des E. E. G. eine Heilung der Formungültigkeit des Kaufvertrages mit der Wirkung eingetreten, daß Bekl. aus demselben berechtigt worden wäre, die Auflassung des Straßenlandes zu fordern, vorausgesetzt, daß er dasselbe wirklich mit gekauft hätte — was der B. R. nicht festgestellt hat —; denn selbst wenn man — was dahingestellt bleiben kann — bei nur theilweise erfolgter Auflassung eines formlos verkauften Grundstücks eine Heilung des formlosen Kaufgeschäfts soweit als die Auflassung reicht annehmen könnte, so würde doch keinenfalls diese Wirkung ausgedehnt werden können auf denjenigen Theil des Kaufgeschäfts, der sich auf den nicht aufgelassenen Grundstückstheil bezieht. V. C. S. i. S. Jaenicke c. Friedländer vom 9. Juni 1888, Nr. 69/88 V.

Zum Fischereigesetz vom 30. Mai 1874.

33. Die Bestimmung des § 6 des Fischereigesetzes vom 30. Mai 1874, nach welcher Fischereiberechtigungen, welche, ohne mit einem bestimmten Hausbesitze verbunden zu sein, bisher von allen Einwohnern oder Mitgliedern einer Gemeinde ausgeübt werden konnten, künftig in dem bisherigen Umfange der politischen Gemeinde zustehen sollen, kann sich schon ihrem Wortlaute nach nicht auf solche Fischereiberechtigungen beziehen, bei welchen die Befugniß zur Ausübung nicht allen Einwohnern oder Mitgliedern der Gemeinde zustand, in Städten also, in welchen der Grundbesitz nicht Bedingung der Gemeindemitgliedschaft ist (Städteordnung vom 30. Mai 1853 §§ 3 ff.), auch nicht auf solche Berechtigungen, welche den grundbesitzenden Gemeindemitgliedern als solchen zustanden. Noch weniger erleidet das Gesetz Anwendung auf solche Berechtigungen, bei welchen der Grundbesitz nicht neben der Gemeindemitgliedschaft, sondern der Grundbesitz allein die Grundlage der Berechtigung bildet, welche also rein privatrechtlichen Ursprunges sind. Die Motive des Gesetzentwurfes sagen zum § 6 (Anlagen zu den stenographischen Berichten über die Verhandlungen des Abgeordnetenhauses 1873/74 I. 441), daß in der vorgeschlagenen (demnächst unverändert zum Gesetz erhobenen) Bestimmung ein Eingriff in wohlerworbene Rechte, welche in der That nicht existiren und rechtlich nicht zu konstruiren sein würden, nicht zu erkennen sei, sondern die Wiederherstellung und Klarstellung des eigentlichen Rechtsverhältnisses. Dies trifft aber nicht zu bei Rechten, welche rein privatrechtlicher Natur sind, oder welche einer einzelnen (durch den Grundbesitz bestimmten), Klasse von Gemeindemitgliedern zustehen. Für Rechte dieser Art konnte auch nicht ohne Eingriff in wohlerworbene Rechte bestimmt werden, daß sie (§ 8 des Gesetzes) künftig von der Gemeinde nur durch angestellte Fischer oder durch Verpachtung genutzt werden dürfen. Aus der Absicht des Gesetzes, nur declaratorisch zu entscheiden, daß der Träger eines, der Ausübung aller Einwohner oder Mitglieder der Gemeinde unterliegenden Rechtes die Gemeinde selbst sei, wie aus der Gegenüberstellung eines allen Gemeindegliedern zustehenden und eines mit bestimmtem Grundbesitz verbundenen Rechtes ergiebt sich zugleich, daß durch den Ausdruck „bestimmter Grundbesitz" nicht der Gegensatz zu allem Grundbesitz eines Gemeindebezirkes hat bezeichnet werden sollen, sondern nur der Gegensatz zu einem, von Grundbesitz unabhängigen Rechte. „Bestimmt" ist der berechtigende Grundbesitz nicht nur, wenn neben ihm andrer die Berechtigung nicht gebender Grundbesitz in dem Gemeindebezirke besteht, sondern auch dann, wenn nach dem bestehenden Rechtsverhältnisse alle Grundstücke eines bestimmten Bezirks an der Berechtigung Theil nehmen. In ähnlichem Sinne hat sich auch das vormalige Obertribunal für eine, über den Wortlaut und die Absicht des Gesetzes nicht auszudehnende Auslegung des § 6 des Gesetzes vom 30. Mai 1874 ausgesprochen, in dem es dieselbe auf eine zur Tischesnothdurft der Bürger verliehene Fischereiberechtigung nicht für anwendbar erklärt. (Entscheidungen des Obertribunals Bd. 81 S. 95). V. C. S. i. S. Stadt Lebus c. Fischerinnungen der Lebuser und Gubener Vorstadt vom 26. Mai 1888, Nr. 77/88 V.

VII. **Das Französische Recht (Badische Landrecht).**

34. Bezüglich der Entschädigungsfrage, welche unzweifelhaft

von den Gerichten zu entscheiden ist, geht der B. R. mit Recht davon aus, daß der Einzelne, welcher im Interesse des Allgemeinen ein Opfer zu bringen genöthigt wurde, durch welches ein Anderer einen Vermögensvortheil erlangt, Schadloshaltung von demjenigen begehren könne, welcher die Vortheile aus diesem Opfer gezogen hat. II. C. S. i. S. Klemme c. Gemeinde Willich vom 15. Juni 1888, Nr. 116/88 II. M.

Klage und Einrede im Interventionsprozesse.

Von Dr. Hermann Staub, Rechtsanwalt in Berlin.

(Fortsetzung.)

6.

Die Klage auf Rückzahlung des unter Vorbehalt Gezahlten.

Wir meinen natürlich auch hier die Klage des Dritten auf Rückzahlung dessen, was er an den Gerichtsvollzieher unter Vorbehalt zahlt. Ungemein häufig sind die Fälle, die zu solchen Klagen Veranlassung geben. Oft, wenn die rechtzeitige Intervention versäumt ist, und dem Eigenthümer an der Nichtversteigerung viel gelegen ist, zahlt der Intervenient an den Gerichtsvollzieher unter Vorbehalt, damit dieser die Pfandsachen freigebe. Es entsteht dann die Frage, ob das solchergestalt Gezahlte zurückgefordert werden kann.

Als abgenöthigt im Sinne des § 207, I, 16 kann eine solche Zahlung nicht gelten, weil nach § 38, 1, 4 die Drohung, sich seines Rechts gesetzmäßig zu bedienen, niemals als Zwang angesehen werden kann. Die Zahlung ist daher eine freiwillige, und es frägt sich, ob sie dennoch zurückgefordert werden kann. Was zunächst den Gesichtspunkt des Vorbehalts betrifft, auf den die Rückforderung gestützt werden könnte, so würde man, wenn dieser zuträfe, für das Geltungsgebiet des § 161, I, 16 des preußischen Landrechts die Rückforderung nur dann gestatten, wenn der Vorbehalt schriftlich erklärt ist, im übrigen aber ohne weiteres. Allein es ist auf die ganze Lehre von der Zahlung unter Vorbehalt um deshalb nicht einzugehen, weil es sich hier nicht um eine Zahlung durch den Schuldner handelt, sondern um die Handlung eines Dritten, die nicht einmal als Zahlung aufzufassen ist.

Wenn der Dritte der Pfändung widersprochen hat, der Gläubiger dennoch die Sachen zur Versteigerung bringen will, und der Dritte nunmehr, um die Freigabe zu erwirken, an den Gerichtsvollzieher die Vollstreckungssumme unter dem Vorbehalt der Rückforderung zahlt, so ist das keine Zahlung im Sinne des Gesetzes. Der Dritte will garnicht den Gläubiger befriedigen; er will nichts weiter, als ihm an Stelle der im Vollstreckungspfande liegenden Sicherheit eine andere geben; um die res certa vor dem Untergange zu retten, giebt er dem Gerichtsvollzieher eine fungible Sache, damit diese dem Gläubiger einstweilen als Sicherheit diene. Er will nicht eigentlich „zahlen" im Rechtssinne, sondern zahlen im vulgären Sinne, d. h. ihm Geld in die Hände geben, welches ihm als pignus irregulare so lange eine Sicherheit sein soll, bis der Intervenient das Eigenthum an der Pfandsache im Prozeßwege beweisen wird.

So und nicht anders ist das „Zahlen unter Vorbehalt" durch den der Pfändung widersprechenden Dritten an den Gerichtsvollzieher aufzufassen. Die Auffassung ist durchaus ungezwungen und es steht übrigens ein so zu erklärender Rechtsakt im Rechtsverkehr nicht isolirt da. Denn ganz dasselbe greift Platz, wenn bei Ausübung des Retentionsrechts zum Zwecke der Auslösung der Sachen annehmliche Sicherheit bestellt wird (§ 555 I, 20 A. L. R.), die selbstverständlich auch in der Hingabe baaren Geldes bestehen kann.

Dabei ist nun aber zu erwägen, daß der Gerichtsvollzieher nicht beauftragt und deshalb nicht ermächtigt ist, eine derartige sogenannte Zahlung oder besser eine derartige Baarsicherheit anzunehmen und auf Grund derselben die Pfändung aufzuheben. Er ist nur zur Annahme wirklicher Zahlungen ermächtigt (§ 675 C. P. O.) und nur auf Grund wirklicher Zahlungen darf er die gepfändeten Sachen freigeben.

Daraus folgt, daß der Gerichtsvollzieher nicht berechtigt und verpflichtet ist, auf das ihm solchergestalt angebotene Geld irgend welche Rücksicht zu nehmen, er darf es nicht annehmen, weil es ihm weder vom Schuldner angeboten wird, noch von einem Dritten in der Absicht, für den Schuldner zu zahlen. Er muß ohne Rücksicht auf jenes Angebot die Pfandsachen versteigern. Der Dritte muß daher erwägen, ob die Rettung der Pfandsachen in natura für ihn so werthvoll ist, daß ihm die wirkliche Zahlung der Vollstreckungssumme kein zu hoher Preis ist, und je nach dem Ausfall dieser Erwägung wird er die Pfandsachen oder das Geld dem Gläubiger preisgeben. In beiden Fällen bleibt ihm der seinem Werthe nach meist problematische Rückgriff gegen den Schuldner (nach unseren Ausführungen unter Nr. 3 nicht gegen den Gläubiger).

Wie aber, wenn der Gerichtsvollzieher dennoch die ihm unter der gedachten Erklärung angebotene Summe von dem Dritten angenommen und das Pfand freigegeben hat? — und das ist gerade der Fall, der so häufig vorkommt und Gegenstand der Kontroverse bildet. — Da der Gerichtsvollzieher hiermit die Grenzen seines Auftrages überschritten hat, so greifen die Rechtsregeln von der Einlassung des Dritten mit einem seine Vollmacht überschreitenden Mandatar Platz (§ 150 I, 13 A. L. R.). Billigt der Mandant das in Ueberschreitung des Auftrages Geschehene, so sind die Rechtshandlungen für beide Theile bindend, mißbilligt er sie, so ist nihil actum.

Wendet man dies auf den vorliegenden Fall an, so ergiebt sich die eigenthümliche Erscheinung, daß beide Alternativen zu dem gleichen Resultate führen. Ist nämlich der Gläubiger von dem Vorgang durch den Gerichtsvollzieher in Kenntniß gesetzt worden, hat er von dem Gerichtsvollzieher erfahren, daß das Geld nicht von dem Schuldner herrührt, sondern von dem Dritten, der der Pfändung widersprochen und das Geld hergegeben hat unter Vorbehalt der Rückforderung, und hat er das Geld dennoch angenommen und behalten, so liegt darin eine Genehmigung der durch den Gerichtsvollzieher erfolgten Annahme. Er hat also das Angebot des Geldes mit der Maßgabe der Rückleistung für den Fall, daß Kläger das Eigenthum an der Pfandsache beweisen werde, acceptirt und muß daher das Geld zurückzahlen, wenn der Intervenient das Eigenthum an der Pfandsache nachweist. Hat aber der Gläubiger von jenem Vorgange bei der Zahlung nichts erfahren, oder giebt er zu erkennen, daß er das Verhalten des Gerichtsvollziehers nicht billige, so ergiebt sich daraus für den Intervenienten die Rechtsfolge,

daß er das ganze Geschäft aufrufen und das seinerseits Geleistete zurückfordern kann.

Man wird vielleicht hinzufügen, daß dann auch der Intervenient seinerseits das aufgegebene Pfand wieder herstellen muß; allein das kann und braucht er nicht zu thun, er kann es nicht, weil ja die Pfändung ein Akt obrigkeitlicher Gewalt ist, auf dessen Entstehung er keinen Einfluß hat. Er braucht es aber auch nicht, weil ja die Pfandsache erwiesenermaßen ihm gehört und es einen circulus vitiosus darstellen würde, wenn man ihn für verpflichtet hielte, das Pfand zur Pfändung darzubieten und gleichzeitig für berechtigt, es von der Pfändung frei zu machen.

In gleichem Sinne hat eine Abtheilung des Amtsgerichts I zu Berlin (Amtsrichter Jastraw) und die betreffende Berufungsinstanz (damaliger Vorsitzender Reincke) die Sache aufgefaßt. Dabei war freilich auch auf den dort vorliegenden Umstand Werth gelegt, daß es sich um ein Objekt unter 150 Mark handele und die Gültigkeit jenes Uebereinkommens zwischen Intervenienten und Gläubiger daher auch an der Formfrage nicht scheitert. Allein die Formfrage kommt um deshalb nicht in Betracht, weil ja die mangelnde Form in jedem Falle dadurch geheilt wird, daß das Abkommen sofort von einer Seite, nämlich von dem Intervenienten erfüllt wird (§ 156 I, 5 A. L. R.).

7.

Prozessuale und materielle Einzelfragen.

I. Prozessuale Fragen.

1. Der Tenor.

An der Spitze der prozessualen Fragen steht die Frage nach dem Tenor.

Richtig lautet derselbe dahin, daß die in Sachen rc. erfolgte Zwangsvollstreckung aufzuheben.

So kurz und einfach dieses Petitum auch ist und so sicher es auch zum Ziele zu führen geeignet ist, da auf Grund eines solchen Urtheils der Gerichtsvollzieher die Pfändung aufheben muß, wird es doch in der Praxis nicht gewählt. Statt dessen wird das Petitum ganz üblich dahin gestellt, daß Beklagter schuldig, die gepfändeten Sachen freizugeben. Ob auch dieses den Interventionskläger so sicher zum Ziele führt, ist nicht zweifelsohne, weil es zweifelhaft sein kann, ob die Freigabe eine Handlung oder eine Erklärung ist. Wenn ersteres, dann müßte noch die executio ad faciendum vorgenommen werden, wenn letzteres — und wir nehmen letzteres an — so gilt allerdings die Freigabeerklärung als abgegeben mit der Rechtskraft des Urtheils. Dann aber kann das Urtheil nicht vorläufig vollstreckbar erklärt werden, weil es ein Urtheil über eine Willenserklärung ist. Weiterhin ist in der Praxis streitig geworden, ob, wenn die Sachen fortgeschafft sind, der Tenor auf Zurückschaffung der Sachen lauten kann, oder nur auf Freigabe. Das erstere ist richtig. Denn der Anspruch des Eigenthümers, dessen Recht durch die Exekution verletzt ist, geht auf Beseitigung der Störung, auf Wiederherstellung des früheren Zustandes. Wer meine Sachen rechtswidrig fortschafft, muß sie dorthin zurückschaffen, wo sie gewesen.*)

Die meisten Interventionsklagen begnügen sich übrigens nicht mit einem auf Aufhebung der Pfändung oder auf Freigabe gerichteten Petitum, leiten dasselbe vielmehr damit ein, „daß Beklagter schuldig, das Eigenthum des Klägers an den gepfändeten Sachen anzuerkennen."

In dieser Beziehung wird zunächst bemerkt, daß dieses Petitum oft an richtiger, viel öfter aber noch an unrichtiger Stelle gestellt wird. Eine rigorose Praxis müßte hier oft Abweisungen eintreten lassen. Denn nicht blos dort, wo wirkliches dominium die Grundlage der Klage bildet, sondern auch in allen den Fällen, wo ein besseres Besitzrecht das Fundament bildet, wird der Tenor auf Anerkennung des Eigenthums gestellt, so z. B. in den Fällen, wo auf Grund eines Möbelleihkontraktes geklagt wird. Korrekter Weise müßte in Fällen der letzteren Art Anerkennung des besseren Besitzrechts verlangt werden.

Ist denn aber ein solcher Antrag auf Anerkennung überhaupt zuläßig, da er sich als Antrag einer Feststellungsklage darstellt, während doch die Klage mit positivem Ziel anstellbar ist und angestellt wird? Die Frage ist zu bejahen, da beide Parteien in jeder Lage des Rechtsstreits befugt sind, eine präjudizielle Vorfrage durch Feststellungsklage entscheiden zu lassen (§ 253 C. P. O.).

Streitig ist endlich, welchen Werth ein solcher genereller Antrag hat. Nessel (Seite 86) hält ihn für entbehrlich, „da die erstrittene Freigabe gegen nochmalige Pfändung auf Antrag desselben Gläubigers sichert."

Die Ansicht trifft nicht zu. Wie sollte die einmal erstrittene Freigabe gegen nochmalige Pfändung auf Antrag desselben Gläubigers schützen? Der Intervenient kann sich gegen die neue Pfändung nicht anders wehren, als im Wege der neuen Interventionsklage. Und zur Begründung der neuen Interventionsklage kann sich der Intervenient nicht etwa darauf beschränken, darzuthun — und dies scheint Nessel anzunehmen — daß er die Freigabe schon einmal erstritten habe. Denn das Urtheil macht nur Rechtskraft, soweit über den Anspruch entschieden ist. Der im Vorprozesse entschiedene Anspruch aber war lediglich der Anspruch auf Aufhebung der am 16. Mai 1886 geschehenen Pfändung. Der Nachweis des Eigenthums war ein Bestandtheil der Gründe, aus welchen der Anspruch hergeleitet wurde. Aber die Rechtskraft erstreckt sich eben auf die Gründe nicht. Man denke z. B. an den Fall, wo der Gläubiger in contumaciam zur Freigabe verurtheilt und den Einspruch zu spät eingelegt hat. Er ist dadurch verurtheilt worden, die am 10. Mai 1886 bewirkte Pfändung aufzuheben. Wie aber wollte man ihn hindern, eine neue Pfändung vorzunehmen, um sich gegen den neuen Freigabe-

*) Aus dem Leserkreise der Juristischen Wochenschrift wurde mir das Bedenken kund gegeben, ob nicht in dieser Beziehung die von mir in der ersten dieser Abhandlungen als praktisch belanglos hingestellte Frage, welche der beiden Eigenthumsklagen vorliegt: vindicatio oder negatoria, wichtig werde. Ich verneine dies. Denn welche es auch sei, ob man in der Pfändung Besitzentziehung oder partielle Störung erblickt, immer ist die Eigenthumsklage auf Beseitigung der Störung, auf Wiederherstellung des früheren Zustandes gerichtet. Mit der Beantwortung dieser Frage ist zugleich die andere erledigt, ob der Gläubiger die Kosten der vom Eigenthümer selbst erfolgten Zurückschaffung ersetzen muß. Die Frage ist zu bejahen, und man kann hiergegen nicht einwenden, daß hierin der Anspruch auf Schadensersatz liege, der ein besonderes Verschulden voraussetze. Denn nur die Wiederherstellung des früheren Zustandes wird gefordert bezw. der Geldwerth der nicht erfolgten Wiederherstellung, nicht Ersatz des darüber hinaus durch die zeitweise Besitzentziehung erwachsenen Schadens.

anspruch jetzt wirksam vertheidigen zu können? Die neue Pfändung stellt eine neue Verletzung des Eigenthumsrechts des Intervenienten dar, erzeugt einen neuen Anspruch, über den neu und unabhängig von dem Urtheil über den alten Anspruch zu erkennen ist.

Ganz anders, wenn das Urtheil gleichzeitig auf Anerkennung des verletzten klägerischen Rechts gelautet hat. In solchem Falle hat das ergangene Urtheil Rechtskraft gemacht, nicht blos über den concreten Freigabeanspruch, sondern über die Existenz des verletzten dinglichen Rechts überhaupt. Auf ein solches Urtheil kann der Kläger seine neue Interventionsklage ohne weiteres stützen, denn hier ist im Tenor das klägerische Eigenthumsrecht rechtskräftig festgestellt. Aber von neuem klagen muß er auch in diesem Falle, der Gerichtsvollzieher kann auf das Urtheil die Pfändung nicht sistiren.

Es ist daher entgegen der Nessel'schen Ansicht von großem Werth, den Antrag auf Anerkennung des verletzten dinglichen Rechts neben dem Antrag auf Freigabe zu stellen.

2. Sind Interventionssachen Feriensachen?

Man sollte meinen, daß die Frage nicht aufgeworfen werden sollte. Denn das Gesetz läßt kaum einen Zweifel darüber, daß sie Feriensachen sind. Da aber die Praxis bei den Amtsgerichten überwiegend und bei dem Landgerichte durchweg (ich spreche von dem Amtsgericht und Landgericht Berlin I) auf dem gegentheiligen Standpunkte stehen, so muß auch hierüber ein Wort verloren werden.

Nach § 204 des Gerichtsverfassungsgesetzes haben die Ferien auf das Zwangsvollstreckungsverfahren keinen Einfluß. Die Interventionsklage aber steht mitten im Zwangsvollstreckungsverfahren, die Bestimmung darüber (§ 690) ist nichts als ein Glied in der großen Kette der Vorschriften der Zwangsvollstreckung. Warum will man dieses Glied herausreißen? Weil es sich um eine Klage handelt? Aber der Begriff „Klage" kann doch nicht bewirken, daß eine Sache dem Kreise der Feriensachen entzogen wird. Klagen in Feriensachen giebt es doch eine ganze Menge. Auch die Vollstreckungsklausel kann in gewissen Fällen nur im Wege der Klage erlangt werden.

Hiernach sind die Interventionssachen als Feriensachen zu behandeln. Und daß dies geschehe, liegt im Interesse beider Theile. Denn nicht blos der Interventionskläger, ja vielleicht dieser noch weniger als der Interventionsbeklagte, hat ein Interesse an der schleunigsten Erledigung des Prozesses. Der Gläubiger muß so schleunig als möglich wissen, ob die gepfändeten Sachen im Pfandnexus verbleiben oder nicht, damit er verneinenden Falls dem Schuldner auf andere Weise beizukommen suchen kann. Während der Dauer des Interventionsprozesses ist ihm die Möglichkeit, gegen den Schuldner vorzugehen, benommen, und wer weiß, wie verhängnißvoll diese Ruhe werden kann.

3. Werth des Streitgegenstandes.

Der Werth des Streitgegenstandes bemißt sich nach der Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 10 S. 393 nach dem Betrage der Judikatsforderung und nur wenn die gepfändete Sache von geringerem Werthe ist, nach dieser. Das Reichsgericht wendet den § 6 C. P. O. an und erachtet als Gegenstand des Interventionsprozesses den Streit um das Pfandrecht. Wird nun die Klage auf Freigabe oder Aufhebung der Zwangsvollstreckung gerichtet, so ist dem Reichsgericht unbedingt beizustimmen. Denn in der That bildet die Unwirksamkeit des Pfandrechts gegenüber dem Kläger den Gegenstand des Streits, das zu Grunde liegende Recht (Eigenthum) ist ein Bestandtheil des Klagegrundes. Anders aber gestaltet sich diese Frage, wenn das Petitum auch auf Anerkennung des Eigenthums gerichtet ist. Denn in diesem Falle ist das ganze Rechtsverhältniß in lite, in Folge eines Verletzungsaktes hat der Kläger die Begründetheit des ganzen dinglichen Rechts zum Gegenstand des Streites gemacht. Kläger will für alle ferneren Pfändungen sein dingliches Recht rechtskräftig festgestellt wissen, um nicht immer wieder von Neuem die Existenz desselben nachweisen zu müssen. Hier ist der Werth der Sache schlechtweg maßgebend.

4. Einstellung der Zwangsvollstreckung und Zustellung der Klage.

Ein wichtiges Kapitel für den Interventionskläger. Was nützt ihm alles Klagen, wenn er die Sache nicht in natura zu erhalten vermag? Der Versteigerungserlös ist nie ein Ersatz für die verlorenen Gegenstände.

Der Einstellungsantrag ist unmittelbar nach Einführung der Civilprozeßordnung ohne Bedenken zugelassen worden bei Einreichung der Interventionsklage und es wird diese Ansicht eingehend vertreten von Peters bei Gruchot Band 29. Später wurde die Praxis schwankend. Man wies darauf hin, daß nach § 688 nur das Prozeßgericht solche Anordnungen treffen kann und ein Prozeßgericht sei erst vorhanden durch Zustellung der Klage. Ob dies Bedenken zutrifft, will ich dahin gestellt sein lassen, mir scheint es nicht, aber wichtiger war das andere Bedenken, daß bei Zulassung des Antrags vor der Klagezustellung die Interventionsklage womöglich garnicht zugestellt wird. Dann bleibt die Zwangsvollstreckung eingestellt und der Gegner hat keine Macht, die Erledigung zu erzwingen. Andererseits würde es die Rechtsverfolgung außerordentlich erschweren, oft ganz vereiteln, wenn man den Intervenienten erst zwingen wollte, die Klage zuzustellen und dann erst den Antrag auf Einstellung zu stellen.

Das Dilemma beseitigt jetzt die Praxis durch ein Auskunftsmittel, das im Gesetze zwar nicht vorgesehen ist, aber als durchaus zuläßig betrachtet werden muß.

Es wird bei Einreichung der Klageschrift der Einstellungsbeschluß gefaßt, jedoch mit der Maßgabe, daß wenn nicht innerhalb einer bestimmten Frist die Klage zugestellt wird, auf Antrag die Aufhebung des Beschlusses erfolgen werde.

Dies entspricht durchaus den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs und dem Geiste des Gesetzes und ist daher wohl geeignet, diese Lücke auszufüllen.

Sucht die Praxis der Prozeßgerichte solchergestalt dem unvollkommen ausgedrückten Gedanken des Gesetzes zu Hilfe zu kommen, so kann von der Praxis der Vollstreckungsgerichte bei Erlassung der sogenannten Dringlichkeitsbeschlüsse das gleiche nicht gesagt werden.

Unbegreiflicher Weise wird gerade hier von diesen Organen die dazu bestimmt sind, zwar nur provisorisch, aber möglichst schnell zu helfen, ein rigoroser Standpunkt eingenommen, der dem Geiste des Gesetzes nicht entspricht, so besonders in zweierlei Hinsicht.

Einmal erblicken die Vollstreckungsgerichte in der drohenden Gefahr der Abholung keinen Fall der Dringlichkeit. Begründet wird diese Ansicht mit dem Hinweis darauf, daß ja die Abholung im Normalfall zur Pfändung gehört.

Allein ein solcher Richter verkennt den Standpunkt, auf den er sich bei dem Antrage auf Einstellung zu stellen hat.

Dem Exequenden gegenüber ist ja ganz richtig verfahren, wenn abgeholt wird, das mag nun sofort oder später geschehen sein. Aber vom Standpunkte des Eigenthümers, zu dessen Schutze der Richter angerufen wird, ist die ganze Pfändung ein Unrecht und der Richter ist dazu da, die Fortsetzung des Unrechts nach Möglichkeit zu verhindern. Soweit es menschenmöglich ist, muß er auch die Abholung verhindern.

Sodann erachten die Vollstreckungsgerichte den Fall der Dringlichkeit dann nicht gegeben, wenn nach ihrer Ansicht der Intervenient das Herannahen des Verkaufstermins verschuldet hat.

Indessen ist es für das Vollstreckungsgericht gefährlich, eine solche Prüfung ohne jede Unterlage vorzunehmen. Wer darin allein, daß zwischen der Pfändung und Versteigerung viel Zeit liegt, ein Verschulden findet, der verräth damit eine große Unkenntniß der Verhältnisse des täglichen Lebens. Denn dazwischen können mancherlei Verhandlungen der Interessenten liegen, deren Resultat erst abgewartet werden mußte, um nicht unnütze Prozesse zu machen. Aber abgesehen hiervon spricht das Gesetz auch garnicht von unverschuldeter Dringlichkeit. Die Dringlichkeit d. h. die nahe Gefahr des Eigenthums verlustig zu gehen, ist doch auch dann vorhanden, wenn sie verschuldet war. Und wenn das Gesetz nicht von unverschuldeter Dringlichkeit spricht, und somit auch in den Fällen von verschuldeter Dringlichkeit dem Eigenthümer seine Hülfe nicht versagen will, so hat es den Verhältnissen weise Rechnung getragen. Der Richter, der das Eigenthum rettungslos untergehen läßt, weil die Hülfe nicht rechtzeitig erbeten sei, ist einem Arzt vergleichbar, der dem Kranken nicht helfen wollte, weil er seine Krankheit verschuldet habe, der Feuerwehr, die nicht retten will, weil eine Fahrlässigkeit bei der Entstehung des Feuers im Spiele sei. Aber solchen Arzt und solche Feuerwehr giebt es eben nicht. Mögen den späten Hülfesucher andere Nachtheile, insbesondere Kosten treffen, aber die Rettung des Eigenthums darf ihm nicht versagt werden.

An wen die Klage zuzustellen ist, ob an den Vertreter im Hauptprozesse oder die Partei selbst, ist in der Praxis streitig geworden. Im Interesse des leichteren Rechtsverkehrs neigt die Praxis dazu, die Zustellung an den Prozeßbevollmächtigten im Hauptprozesse zuzulassen. Allein Petersen (Hamburg) hat bei Busch, Zeitschrift für deutschen Civilprozeß IX S. 362 m. E. überzeugend nachgewiesen, daß diese Ansicht gesetzlich nicht begründet ist.

Zur Auslegung des § 19 Abs. 2 des Reichsgesetzes über Krankenversicherung der Arbeiter vom 15. Juni 1883. Rückforderung bereits geleisteter Beiträge.

Ortskrankenkasse Höchst a. M. c. Hattinger.

Der Beklagte hat bei seinem Ueberzuge nach H. am 1. September 1886 u. a. seinen Arbeiter St. bei der Ortskrankenkasse daselbst zwar angemeldet, dabei aber betont, derselbe gehöre bereits seit 1862 dem Allgemeinen Kranken-Unterstützungsverein E. H. zu H. an, indem zugleich ein Quittungsbuch über die desfalls gezahlten Beiträge vorgelegt wurde. Klägerin erkannte zwar die den gesetzlichen Bestimmungen entsprechende Qualification des vorgenannten Vereins an, erachtete aber die behauptete Mitgliedschaft des St. nicht nachgewiesen, weil jenes Buch undatirt sei, und verlangte vom Beklagten die Zahlung der Beitragsgelder vom 1. September 1886 ab. Die Beschwerde des Beklagten wurde von dem Königl. Landrathsamte zurückgewiesen, und dieser mußte Zahlung leisten. Am 25. November 1886 erbrachte er jenen Nachweis der Mitgliedschaft des St. und forderte daraufhin Rückzahlung der pro 1. September bis 25. November 1886 gezahlten Beitragsgelder. Klägerin weigerte sich dessen, wurde aber vom Königl. Landrathsamte hierzu angehalten und betrat nunmehr den Rechtsweg. Die Klage ist jedoch in beiden Instanzen zurückgewiesen.

Das Urtheil Königlichen Landgerichts Wiesbaden vom 11. Mai 1887 motivirt diese Entscheidung wie folgt:

Nach § 19 Abs. 2 des Gesetzes vom 15. Juni 1883, um dessen Auslegung es sich hier wesentlich handelt, ist die Mitgliedschaft der Arbeiter, die einer der übrigen der in § 4 des Gesetzes genannten Kassen angehören, bezüglich der Ortskrankenkasse nicht unbedingt ausgesprochen, vielmehr nur eine praesumptio juris, gegen welche somit ein Gegenbeweis zulässig ist.

Beklagter hat versucht diesen Gegenbeweis zu führen, und als das desfalls vorgelegte Quittungsbuch nicht für vollständig genügend erachtet wurde, hat er mit dem Vorbehalte weiteren Beweis erbringen zu wollen vorläufig gegen seine Mitgliedschaft protestirt. Hiernach ist sein Anspruch nach den Grundsätzen der condictio indebiti zu beurtheilen, nach welcher es wesentlich auf die Fragen ankommt, ob der Beklagte sich in dolo befunden. Dies ist zu verneinen. Seine Zahlung kann, da er sich sofort zum Gegenbeweise erboten, nur als eine provisorische erachtet werden. Der Ausdruck „nachweislich" im Gesetze ist auf beide Parteien zu beziehen, so daß es auch als Aufgabe der Klägerin — nicht bloß des Beklagten — erachtet werden muß, das für die Aufklärung der Sache Erforderliche zu veranlassen, was im vorliegenden Falle durch ein Schreiben an die Hornauer Kasse sehr leicht hätte geschehen können.

cfr. Köhne Krankenversicherung der Arbeiter § 19, 4. Haepe Krankenversicherung der Arbeiter § 17, II. 1.

Die praktischen Konsequenzen aus dieser Interpretation waren nicht geeignet, eine andere Entscheidung herbeizuführen, da etwa sich ergebende Unordnungen oder Nachtheile je nach Lage des Falls sowohl die Kasse als die Beitragspflichtigen treffen können.*)

*) A. M. J. Schmitz, Arbeiterversicherung Jahrgang IV Nr. 5 S. 83; cfr. auch dessen Sammlung der Ausführungsgesetze S. 7. (Preußen), S. 72 (Bayern), S. 122 (Württemberg) und S. 190 (Baden).

Schreibgebühren für die zur Klageurschrift verwendeten Abschriften von Wechsel und Protest sind auch im Wechselprozesse nicht zu liquidiren.[1])

In der Prozeßsache L. wider T. hat das Königl. Kammergericht, V. Civilsenat, in der Sitzung vom 28. April 1888 auf die vom Bekl. gegen den landgerichtlichen Beschluß vom 26. März 1888 bei dem Amtsgericht zu Protokoll gegebene weitere Beschwerde nach Einsicht der Akten beschlossen:

Der angefochtene Beschluß vom 26. März 1888 wird aufgehoben und der Kläger mit seiner Beschwerde gegen den Kostenfestsetzungsbeschluß des Königl. Amtsgerichts vom 8. März 1888 unter Aufrechthaltung dieses Beschlusses abgewiesen. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden dem Kläger zur Last gelegt.

Gründe:

Nachdem durch den amtsgerichtlichen Festsetzungsbeschluß unter Anderem die vom Kläger in Rechnung gestellte Schreibgebühr für die der Urschrift beigefügte Abschrift des Klagewechsels nebst Protesturkunde im Betrage von 30 Pfg. abgesetzt und die durch diese Absetzung mehrentstandenen Schreibgebühren für den Kostenfestsetzungsbeschluß dem Kläger auferlegt worden waren, sind auf die sofortige Beschwerde des Klägers unter Abänderung der Vorentscheidung die vom Bekl. dem Kläger zu erstattenden Kosten um jene 30 Pfg. sowie um 20 Pfg. erstinstanzliche Beschlußkosten erhöht und die außergerichtlichen dem Bekl. zur Last gelegt. In den Gründen wird ausgeführt: es könne dem Kläger nicht zugemuthet werden, die für ihn so wichtigen Urkunden aus Händen zu geben und sich der Gefahr des Verlustes auszusetzen; während über die Kosten des Festsetzungsverfahrens mit Rücksicht auf § 88 C. Pr. O. abweichend vom Vorderrichter zu entscheiden gewesen sei.

Die weitere Beschwerde macht geltend, daß die Abschrift der Urkunden mit der Klageurschrift nur eine Urschrift bilde. Die Gefahr des Verlustes bei Gericht sei ausgeschlossen, weil nach § 556 C. Pr. O. die Beifügung der Urkunden nur bezüglich der Zustellung vorgeschrieben sei; für die bei Gericht lediglich zur Terminsbestimmung erfolgende Einreichung bedürfe es jener Urkunden nicht[2]), es genüge daher, wenn die eigentliche Klageschrift eingereicht und nach erfolgter Terminsbestimmung mit derselben die Urkunden verbunden werden. Gegen einen etwaigen Verlust bei der Zustellung könne aber das Gericht den Kläger ebensowenig wie gegen einen solchen bei Gelegenheit der Zwangsvollstreckung sicher stellen, bei welcher die Originale stets aus Händen gegeben werden müßten. Das Gesetz erkenne also den vom Landgericht gewährten Schutz nicht an. — Bezüglich der Kosten sei darauf hinzuweisen, daß der Beschluß, welcher formularmäßig die von einer Partei liquidirten Kosten festsetze, an und für sich eine Seite einnehme; würden Absteiche gemacht, so müsse eine neue Seite angefangen werden, die dadurch entstehende Schreibgebühr treffe daher die Partei, welche diesen Umstand verschuldet habe, so daß die Anwendung des § 88 Abs. 2 ausgeschlossen sei. Für die außergerichtlichen Kosten der Beschwerdeinstanz sei der Bekl. nicht erstattungspflichtig[3]), da das Rechtsmittel sich nicht gegen ihn, sondern gegen das Gericht wende, wie dies auch der V. C. Sen. des Kgl. Kammerger. in konstanter Praxis annehme.

Es war, wie geschehen, zu entscheiden.

Da der Rechtsstreit bei dem Amtsgericht anhängig gemacht ist, konnte die Beschwerde nach § 532 C. Pr. O. auch beim Gerichtsschreiber erklärt werden, dieselbe ist zwar nicht bei dem Gericht angelegt, von welchem die angefochtene Entscheidung erlassen ist, indessen beim Beschwerdegericht innerhalb der Nothfrist von 2 Wochen eingegangen und deshalb gemäß § 537 zuzulassen. Dieselbe erscheint auch als sachlich begründet.

Der § 76 der Geb. O. für Rechtsanwälte erklärt für die Höhe der dem Rechtsanwalt zustehenden Schreibgebühren die Vorschriften des § 80 des Ger. Kost. G. für maßgebend. Danach werden Schreibgebühren nur für Ausfertigungen und Abschriften, nicht aber für Urschriften erhoben[4]). Der hier vorgelegten Wechselklage war nach § 556 C. Pr. O. der Wechsel nebst Protest in Urschrift oder Abschrift beizufügen. Die bezüglichen Abschriften bildeten deshalb mit der Klageschrift die Urschrift, welche einzureichen war und für welche nach der angeführten Vorschrift Schreibgebühren nicht liquidirt werden konnten. Wenn den Kläger die Besorgniß eines möglichen Verlustes dahin geführt hat, den Wechsel und die Protesturkunde statt im Original nur in Abschrift der Klage beizufügen, so geschah dies in seinem Interesse; entscheidend ist aber nach § 87 C. Pr. O., ob für den Wechselprozeß die für die Abschrift der Urkunden (Wechsel und Protest) aufgewendeten Schreibgebühren auch für die Klageurschrift als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung gegen den Bekl. für nothwendig zu erachten waren. Dies hat aus den angeführten Gründen verneint werden müssen. Danach war der amtsgerichtliche Beschluß wieder herzustellen. Die vom Vorderrichter ausgesprochene Abänderung der Entscheidung über die gerichtl. Kosten des Festsetzungsverfahrens stützt sich auf die zugelassene Erhöhung der außergerichtl. Kosten um 30 Pfg. und erledigt sich von selbst, nachdem diese Erhöhung als nicht gerechtfertigt anerkannt ist. Ob der Vorderrichter mit Rücksicht auf die von ihm getroffene, jetzt aufgehobene Entscheidung wegen der außerger. Kosten der Beschwerdeinstanz wie geschehen Be-

---

[1]) Diese Ansicht vertreten auch die Beschlüsse des Kammergerichts v. 4. Februar 1886 rc. Nr. 102/86, v. 21. Jan. 1887 367/86 u. v. 12. Febr. 1887 Nr. 82/87 u. Nr. 83/87, desgl. Willenbücher's Festsetzungsverf. 1. Aufl. S. 101, während die Beschl. des Kammerger. v. 13. Febr. u. 30. April 1884 Nr. 72/84 u. 222/84, des Oberl. G. zu Kiel v. 7. Jan. 1881 u. 23. Juni 1882 (Schlesw.-Holst. Anzeigen Bd. 45 S. 95 u. Bd. 46 S. 249), zu Dresden v. 1. Juli 1885, Annalen Bd. 7 S. 163 u. 7. Juli 1886, Wengler's Arch. S. 768 u. zu Jena v. 14 April 1880, Bl. für Rechtspfl. in Thür. Bd. 8 S. 268, sowie eines nicht bezeichneten O. L. G. in der Jur. Wochenschr. 1883 S. 253, desgl. Meyer, Geb. für R. A. 2. Aufl. S. 107 entgegengesetzt entscheiden.

[2]) So auch Stein, Urkunden- u. Wechselprozeß 1886 S. 155 ff.

[3]) So auch das Ober-Landesgericht zu Frankfurt a./M. in den Beschl. des Plenums v. 5. Dec. 1882 u. des II. Sen. v. 13. Aug. 1887 und der 1. C. Sen. des Reichsgerichts unterm 15. Okt. 1887.

[4]) Gleicher Ansicht sind die O. L. G. zu Kolmar unterm 1. Okt. 1880 (Jur. Z. für Els. Bd. 6. S. 122) und zu Köln unterm 11. Juni 1881 (Rhein. Arch. Bd. 72 II. S. 38), während das O. L. G. zu Karlsruhe unterm 22. Jan. 1887 (Bad. Ann. Bd. 53 S. 9) entgegengesetzt entscheidet.

stimmung treffen durfte und ob die hiergegen in der weiteren Beschwerde erhobenen Erinnerungen begründet sind, resp. sein würden, braucht nicht erst zur Erörterung gezogen zu werden.

Diese kammergerichtliche Entscheidung hat der Kläger mit der weiteren sofortigen Beschwerde angefochten, weil in ihr neue selbständige Beschwerdegründe enthalten seien, und zwar folgende:

Die weitere Beschwerde des Bekl. sei weder beim Land- noch auch beim Kammergericht, sondern beim Amtsgericht zum Protokoll des Gerichtsschreibers aufgenommen; die Beschwerde sei auch nicht als vom Bekl. eingelegt anzusehen, weil ihm das fertige Beschwerdeprotokoll auf dem Amtsgericht zur Unterschrift vorgelegt sei, endlich sei am 16. April 1888, dem Datum des Beschwerdeprotokolls, der Rechtsstreit bezüglich Streitsumme und Kosten zwischen den Parteien durch Vergleich vollständig erledigt gewesen.

Der IV. C. Sen. des Reichsgerichts hat jedoch die Beschwerde des Klägers in der Sitzung vom 7. Juni 1888 als unbegründet zurückgewiesen mit folgenden Gründen:

Keiner von den Beschwerdegründen ist zutreffend. Die gegen die Form der Beschwerde gerichteten erledigen sich damit, daß das Beschwerdeprotokoll vom 16. April 1888 von dem Bekl. unterschrieben ist und somit eine nach § 532 Abs. 2 und § 74 Abs. 2 C. P. O. ausreichende schriftliche Beschwerde des Bekl. vorliegt. Die Einrede des Vergleichs aber gehört nicht in das nur die Höhe der zu erstattenden Kosten betreffende vorliegende Festsetzungsverfahren, sondern ist nach § 686 bei der Zwangsvollstreckung geltend zu machen.

Fallen hiernach die angeführten neuen selbständigen Beschwerdegründe weg, so enthält die mit dem Beschlusse des Amtsgerichts übereinstimmende Entscheidung des Kammergerichts wegen Abstrichs von 30 Pfg. Schreibgebühren einen neuen selbständigen Beschwerdegrund weiter nicht, ist übrigens auch durch die Gründe, auf welche sie sich stützt, gehörig gerechtfertigt.

Personal-Veränderungen.

Zulassungen.

Herm. Carl Albert Richard Remertz beim Landgericht Naumburg a. S.; — Schutze beim Amtsgericht Gifhorn; — Franz Broch beim Amtsgericht Recklinghausen. — Friedrich Wilhelm Richter beim Landgericht Berlin I; — Moritz Schoenfeld beim Amtsgericht Falkenberg O.-Schl.

Löschungen.

Dr. jur. Hermann Wilhelm Ahnes in Bremen bei der Kammer für Handelssachen Bremerhaven; — Dr. Ivan Heilbut beim Hanseatischen Oberlandesgericht, Land- und Amtsgericht Hamburg; — Ernst Behm beim Landgericht Rostock; — Arnheim beim Amtsgericht Deutsch-Krone.

Todesfälle.

Justizrath Otto Bernhard Daechsel in Sangerhausen.

Für die Redaktion verantw.: S. Haenle. Verlag: W. Moeser Hofbuchhandlung. Druck: W. Moeser Hofbuchdruckerei in Berlin.

№ 35 und 36. Berlin, 14. Juli. 1888.

Juristische Wochenschrift.

Herausgegeben von

S. Haenle, Justizrath, Rechtsanwalt in Ansbach. und M. Kempner, Rechtsanwalt beim Landgericht I. in Berlin.

Organ des deutschen Anwalt-Vereins.

Preis für den Jahrgang 20 Mark. — Inserate die Zeile 40 Pfg. — Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt.

Inhalt.

Aufsätze für die Juristische Wochenschrift, welche acht Spalten überschreiten, können nur ausnahmsweise angenommen werden. Aufsätze, welche sich auf Angelegenheiten des Anwaltstandes und die Reichsjustizgesetze beziehen, erhalten den Vorzug.

Die Redaktion.

Vereinsnachrichten.

Der erste Band der Entscheidungen des Ehrengerichtshofes ist vergriffen. Der Vereinsvorstand würde einen Neudruck veranstalten, wenn 400—500 Vereinsmitglieder sich bereit erklärten, den Band zum Preise von 3 Mark abzunehmen. Ich bitte die interessirten Herren Vereinsmitglieder um gefällige Erklärung. Sollte der Neudruck nicht ausführbar sein, so wird der Vereinsvorstand durch Ankauf von einzelnen Exemplaren bei den Erben verstorbener Mitglieder den Seitens vieler jüngeren Vereinsmitglieder ausgesprochenen Verlangen nach dem Besitze des ersten Bandes zu genügen suchen.

Bekanntmachung über das Ergebniß der Meldungen erfolgt am 1. Oktober 1888.

Leipzig, 23. Juni 1888.

Mecke, Schriftführer.

Die Voraussetzung, unter welcher das Erscheinen des ersten Heftes der Gutachten aus dem Anwaltstande über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für Mitte Juli 1888 angekündigt war, daß nämlich auch bei Ausgabe der Motive der angesetzte Termin innegehalten werde, ist nicht eingetroffen. Das erste Heft kann deßhalb erst am 15. September 1888 erscheinen.

Die Verlagsbuchhandlung.

Beschlüsse*) der vereinigten Civilsenate des Reichsgerichts vom 28. Juni 1888.

I. Klagen auf Leistung von Schadensersatz unter Vorbehalt der Feststellung des Betrages des zu ersetzenden Schadens in einem besonderen Verfahren sind nur zulässig, wenn die Voraussetzungen des § 231 der C. P. O. vorliegen.

Anderenfalls muß der Anspruch in der Weise substantiirt werden, daß in demselben Prozesse sowohl über den Grund, als auch über den Betrag desselben verhandelt und entschieden werden kann.

II. Für die auf die Vorschrift im § 23 Ziffer 2 der Konkursordnung gestützten Anfechtungsklagen ist der Gerichtsstand für Klagen aus unerlaubten Handlungen (§ 32 C. P. O.) nicht begründet.

Klage und Einrede im Interventionsprozesse.

Von Dr. Hermann Staub, Rechtsanwalt in Berlin.

(Fortsetzung.)

II. Materielle Fragen.

1. Das juristische Wesen des Möbelleihkontraktes.

Wieso durch den Nachweis eines Möbelleihvertrages oder vielmehr durch den Nachweis der Besitzesübertragung unter Abschluß eines Möbelleihvertrages die Interventionsklage begründet wird, ist in der früheren Abhandlung über die preußische Besitzrechtsklage dargelegt. Diese Species der Besitzrechtsklage aber erfordert aus anderen Gesichtspunkten eine besondere Rechtsbetrachtung.

Die rechtliche Natur des Möbelleihkontraktes steht nämlich noch nicht entschieden fest. Die Einen erblicken in ihm einen combinirten aber perfekten Mieths- und Kaufvertrag, die Anderen einen perfekten Mieths- und imperfekten Kaufvertrag, die Dritten ein reines pactum de emendo.**)

*) Wir können die Gründe dieser Beschlüsse erst später bringen, empfehlen aber vor Anstellung von Klagen der zu I. erwähnten Art wenn angänglich, die Gründe des Beschlusses zu I. abzuwarten.

**) Die erste Ansicht vertritt Bornemann, systematische Darstellung III S. 85, und Dernburg, Preußisches Privatrecht Bd. II § 155, die zweite v. Brüneck bei Gruchot Bd. 10 S. 399 ff., die dritte Höhne, der Möbelleihvertrag.

In Wahrheit ist keine dieser Ansichten richtig. Vielmehr ist der sogenannte Möbelleihvertrag ein reiner Kaufvertrag mit suspensiv bedingtem Eigenthumsübergange.

Denn der Endzweck eines solchen Vertrages ist von vornherein der, die Möbel dem Erwerber zum bleibenden Haben zu übermachen; der Erwerber will sich die Möbel anschaffen, weil er sie für nicht absehbare Zeit gebraucht, der Möbelhändler will sich ihrer entäußern, weil er mit Möbeln handelt. Der Konsens über die Veräußerung und Erwerbung eines Gegenstandes aber ist der Kaufvertrag (§ 1, I, 11 A. L. R.). Allerdings wird zur Sicherung des Möbelhändlers, der die Kreditwürdigkeit des Erwerbers bezweifelt, bestimmt, daß, so lange der in einzelnen Raten zahlbare Preis für die Möbel nicht vollständig erlegt ist, der Möbelhändler Eigenthümer bleiben solle.

Darin liegt der Vorbehalt des Eigenthums, durch welchen die Dispositivbestimmung des Gesetzes (§ 266, I, 11), wonach der Eigenthumsvorbehalt die Kraft einer Resolutivbedingung hat, in vollkommen zulässiger Weise beseitigt und in eine Suspensivbedingung umgewandelt wird.

Es bietet aber das hiernach platzgreifende Verbleiben des Eigenthums beim Veräußerer keinen Anlaß, um das Vorliegen eines reinen Kaufgeschäftes zu verneinen und anzunehmen, daß in der Zwischenzeit bis zur vollständigen Tilgung des Preises ein Miethsverhältniß vorliegt.

Auch die Vertragsbestimmung, daß bei nicht pünktlicher Zahlung die gezahlten Raten verfallen und die rückständigen nachbezahlt werden müssen, nöthigt zu solcher Annahme nicht. Denn diese Festsetzungen haben lediglich den Charakter von Konventionalstrafen, entsprungen dem Bedürfnisse, den kreditirenden Möbelhändler nach Möglichkeit zu sichern.

Freilich läuft bei den gedachten Festsetzungen auch der Gesichtspunkt mit unter, daß ja der Möbelhändler für die Nutzung in der Zwischenzeit entschädigt werden müsse. Allein dadurch allein wird der Vertrag in der Zwischenzeit kein Miethsvertrag.

Maßgebend ist vielmehr, daß die Intention der Parteien nach beiden Essentialien des Vertrages, nach res und pretium, der gesetzlichen Definition des Kaufvertrages entsprechen und der Definition des Miethsvertrages widersprechen. Denn die Intention der Parteien ist, was zunächst die res anlangt, von vornherein auf Veräußerung und Erwerbung der Sache zum bleibenden Haben gerichtet. Der Erwerber will Eigenthümer der Möbel werden und wenn irgend möglich, sie n i c h t zurückgeben, und auch der Möbelhändler, der mit neuen, aber nicht mit abgenutzten Sachen handelt, will sie wenn irgend möglich nicht zurücknehmen, während zum Wesen des Miethsvertrages das bedungene Wiedergeben und Wiedernehmen gehört (§§ 229, 258, I, 21 A. L. R.).

Und ebenso ist, was das pretium betrifft, das Geschäft, bei welchem die Geldsumme das Aequivalent für den T a u s c h w e r t h der Sache bildet, Kauf; beim Miethsvertrag bildet der Preis das Aequivalent für den zeitweiligen G e b r a u c h.

Hiernach ist der Möbelleihkontrakt weder, wie er in der Ueberschrift solcher Formulare genannt wird, ein Leihkontrakt, noch, wie er im Text der Formulare genannt wird, ein Miethsvertrag, sondern ein reiner Kaufvertrag, und es braucht wohl darauf nicht mehr hingewiesen zu werden, daß diese Divergenz der juristischen Theorie mit der von den Parteien gewählten Bezeichnung nichts verschlägt. Denn der rechtliche Gehalt dessen, was die Parteien wollen, muß eben selbstständig juristisch geprüft werden; der Wille der Parteien kann nicht souverän bestimmen, wie ihre Erklärungen juristisch zu subsumiren sind: die Logik läßt sich nicht gebieten.

Die gegnerischen Auffassungen mögen kurz beleuchtet werden.

Wenn Dernburg gleichzeitig einen combinirten Miethsvertrag und Kaufvertrag für vorliegend hält, so ist er den Beweis schuldig geblieben, wie diese Kombination juristisch möglich sein soll. Es scheint auch, als ob er eine wirkliche Koexistenz beider Verträge nicht annehmen wolle, denn er sagt: Es ist demnach zunächst Miethe, die sich auflöst, wenn das Geschäft in einen Kauf übergeht.

Wie aber ist ein solcher Uebergang von Miethe zum Kaufe juristisch denkbar? Wenn die einzelnen Preisraten Miethraten waren und also das Aequivalent für den bisherigen Gebrauch der Sache darstellen sollten, so fehlt es ja nach Wegfall des Miethsvertrages dem Kauf, der nunmehr auf der Bildfläche erscheinen soll, an dem Kaufpreise.

Wenn ferner v. Brüneck annimmt, es liege ein perfekter Miethsvertrag und ein noch nicht perfekter Kaufvertrag vor, so ist hierauf zu erwidern, daß das Geschäft, wie es auch immer juristisch konstruirt werden möge, ob bedingt oder unbedingt, ob Kauf oder Miethe, jedenfalls perfekt geschlossen ist. Wie man auch die Verabredung der Parteien deuten möge, es liegen jedenfalls feste Verabredungen vor. Es ist garnicht ersichtlich, was zur Perfektion noch fehlt und wie sich eigentlich v. Brüneck das Perfektwerden denkt, was denn eigentlich noch hinzukommen soll, damit das Kaufgeschäft perfekt werde.

Unhaltbar ist endlich die Auffassung Hoehne's, wonach ein pactum de emendo vorliegen solle. Man denke: ein pactum d e e m e n d o, bei welchem der Kaufpreis bereits gezahlt und die Sache bereits übergeben ist! Wollen die Parteien, die sich sofort nach Abschluß des Geschäfts die Kaufsache übergeben und mit der Zahlung des Kaufpreises beginnen, wirklich erst künftighin ein Kaufgeschäft abschließen? Sicherlich nicht. Auch ist ein pactum de contrahendo, sofern es sich um Konsensualkontrakte handelt, dort nicht denkbar, wo alle Bedingungen des angeblich künftig zu schließenden Geschäfts schon jetzt präzise normirt werden (Dernburg II § 43). Dann liegt eben kein pactum de contrahendo vor, für welches gar kein Raum mehr vorhanden ist, sondern ein wirkliches pactum.

Der Werth des so gewonnenen Ergebnisses, wonach der Möbelleihkontrakt ein Kaufvertrag mit vertragsmäßig festgesetztem suspensivem Eigenthumsvorbehalt ist, ist für die Interventionsklage allerdings ein sekundärer, weil die Interventionsklage begründet ist, es mag die Auffassung eines Kaufvertrages oder die eines Miethsvertrages die richtige sein, denn hierfür ist immer maßgebend der frühere Besitz, die an diesen geknüpfte Vermuthung der Rechtmäßigkeit und die zu beschränktem Verfügungsrecht übertragene Gewahrsam an den Exequenden. Aber sonst ist es von größter Wichtigkeit, welche Auffassung die herrschende wird. Um nur auf Einzelnes hinzuweisen, trägt beim Kaufvertrage der Käufer, dem die Sachen übergeben wurden, also hier der Möbelnehmer, beim Miethsvertrag der Vermiether,

also hier der Möbelgeber, die Gefahr; die Reparaturpflicht hat umgekehrt der Vermiether, also der Möbelgeber, beim Kaufvertrage der Käufer, also der Möbelnehmer. Alles das kann im Einzelfalle wichtig werden.

2. Das constitutum possessorium.

Eben so häufig wie die auf Möbelleihkontrakte gestützten sind diejenigen Interventionsklagen, die sich auf einen mit dem Schuldner geschlossenen Vertrag mit Uebergabe durch constitutum possessorium stützen. Kläger behauptet, die gepfändeten Sachen habe er durch Vertrag vom Exequenden gekauft und diesem miethsweise oder durch sonstigen obligatorischen Vertrag überlassen.

Wie ist diese Klage juristisch zu konstruiren und wie ist sie insbesondere mit der oben entwickelten Theorie der preußischen Besitzrechtsklage zu vereinigen?

Durch den mit dem Exequenden abgeschlossenen Kaufvertrag und hieran sich abschließenden Miethsvertrag wird einmal die für den Exequenden streitende Vermuthung des rechtmäßigen Besitzes widerlegt — denn der Exequende hat sich ja des uneingeschränkten Rechts zum Besitze entschlagen —; und zugleich wird für den Intervenienten die gesetzliche Vermuthung des rechtmäßigen Besitzes, ja noch mehr ein erwiesenes bestimmtes dingliches Recht zum Besitz dargethan, — denn der Kaufvertrag mit anschließender Uebergabe durch Willenserklärung begründet für den Erwerber Besitz und dingliches Besitzrecht — und endlich wird dargethan, daß der Intervenient ein besseres Recht als der Exequende hat, denn der Exequende hat von dem durch den Kauf und die Willenserklärungsübergabe vollberechtigten Dritten nur den Miethsbesitz überkommen.

Die Hauptsache ist hierbei nicht der in dem Kaufvertrage liegende Titel; denn wenn der Intervenient durch Kauf und körperliche Uebergabe die Sache erlangt hat, so würde das nur beweisen, daß der Kläger früher einmal ein dingliches Recht zur Sache erworben hat, das aber würde, wie oben bei der preußischen Besitzrechtsklage gezeigt, den Exekutionssucher nicht zum Weichen bringen, weil für den Exequenden als gegenwärtigen Besitzer trotzdem die gesetzliche Vermuthung der Rechtmäßigkeit spricht. Es könnte ja der Exequende die Sache zurückerworben haben, was häufig genug vorkommt. Die Hauptsache ist vielmehr, daß die dem Kaufvertrag sich anschließende Uebergabe sich in den Formen des constitutum possessorium bewegt. Denn in diesem wird nicht blos dargelegt, wie der Kläger die Sache in seinen Besitz bekommen hat, was nicht genügen würde, in diesem wird weiter dargelegt, in welcher Weise und mit welcher Maßgabe der Kläger zu Gunsten des Exequenden sich des Besitzes begeben hat, daß dies nicht geschehen ist in der Absicht, sein volles dingliches Recht auf den Exequenden zu übertragen, sondern ihm nur das eingeschränkte Nutzungsrecht zu gewähren. Darin liegt die Widerlegung der für den Exequenden streitenden Vermuthung des rechtmäßigen Besitzes, und der Nachweis des besseren Rechts des Klägers im Gegensatz zum Exequenden.

Darüber, was zu einem rechtsgiltigen constitutum possessorium im Sinne des einschlägigen § 71, I, 7 in formeller und auch materieller Beziehung gehört, sind Zweifel entstanden. Der formelle Zweifel ist vom Reichsgericht (Entscheidungen Band 1 Seite 391) mit überzeugender Begründung dahin gelöst, daß zu einem rechtsgiltigen constitutum possessorium die Wahrung derjenigen Formen gehört, welche das Civilrecht für den betreffenden Nebenvertrag erfordert.

In materieller Beziehung hat das Reichsgericht, allerdings zunächst für das gemeine Recht, in der Entscheidung Bd. 5 S. 181 die Erfordernisse eines constitutum possessorium dahin präzisirt, daß das bloße Uebereinkommen, der bisherige Besitzer solle die Sache als Stellvertreter des neuen Erwerbers inne haben, keinen Besitzübergang durch constitutum possessorium bewirke, zu diesem Zwecke vielmehr ein Rechtsverhältniß geschaffen werden müsse, welches das weitere Innehaben als Ausfluß einer rechtlichen Befugniß erscheinen läßt.

Diese Präzisirung des höchsten Gerichtshofes ist zu billigen. Nur hat sie zu dem weiteren Zweifel geführt, ob hiernach das Prekarium genüge, um ein const. poss. herzustellen. Wer in dem Prekarium keinen Vertrag erblickt (cfr. Foerster, 3. Auflage Bd. 2 S. 174 Anm. 47), der wird geneigt sein, die Frage zu verneinen.

Indessen so wesenlos ist das Prekarium nach preußischem Rechte nicht. Das Landrecht bestimmt in dieser Beziehung:

§ 231. Ist weder die Art, noch der Zweck des Gebrauchs, noch die Dauer desselben — nämlich des eingeräumten Gebrauchs — bestimmt, so ist Derjenige, welchem der Gebrauch eingeräumt worden, für einen bloßen Inhaber zu achten.

§ 232. Er ist also die Sache, auf jedesmaliges Erfordern des Einräumenden zu allen Zeiten zurückzugeben verpflichtet.

Wenn nun auch nach diesem letzteren Paragraphen der Prekarist dem jederzeitigen Widerrufe des Gebers ausgesetzt ist, so besitzt er doch die Sache auf Grund einer rechtlichen Befugniß. Er besitzt sie mit Recht, auf Grund eines Rechtsverhältnisses, auf Grund einer rechtsgültigen Willenserklärung, die darauf gerichtet war, ihm den Gebrauch der Sache einzuräumen. Freilich hat er gegen den Geber kein erzwingbares Recht auf das Behalten der Sache, aber so lange er sie hat, hat und gebraucht er sie auf Grund eines Rechtsverhältnisses. Er hat und gebraucht sie mit Recht und wenn er sie benutzt, so hat er hierfür keinen Schaden zu ersetzen; wenn sie zufällig untergeht, so hat er den Verlust nicht zu tragen. Die Möglichkeit des jederzeitigen Widerrufes schließt das Vorhandensein eines wirklichen Rechtsverhältnisses nicht aus, sonst wäre ja die Schenkung in den ersten 6 Monaten kein Obligationsverhältniß und jedes anfechtbare Rechtsgeschäft könnte kein Obligationsverhältniß begründen, weil das Anfechtungsrecht ausgeübt werden kann. Der Widerruf kann nur dem Rechtsverhältniß ein Ende machen. Aber ein Recht, das jederzeit enden kann, mag ein schwaches Recht sein, ist aber doch ein wirkliches Recht.

Es genügt daher, wenn das constitutum possessorium wenigstens ein Prekarium enthält, die Einräumung des Gebrauchs ohne Angabe der Art, des Zwecks und der Dauer des Gebrauchs. Dies aber muß mindestens gefordert werden. Inhaltslose Worte, wie: Käufer überläßt die Sachen vorläufig im Besitz des Verkäufers u. s. w. sind nicht einmal ein Prekarium und deshalb nicht genügend, um das constitutum possessorium zu begründen.

3. Kann der Kommittent interveniren?

Wenn beim Kommissionär Sachen mit Beschlag belegt werden, die er auf Grund des Kommissionsverhältnisses erlangt hat, so kann der Kommittent interveniren, nicht auf Grund des Kommissionsverhältnisses, denn dieses ist ein lediglich obligatorisches Verhältniß, sondern auf Grund des Nachweises, daß die gepfändeten Sachen, ehe sie zum Exequenden gelangten, im Besitze des Kommittenten waren, für welchen also die Vermuthung der uneingeschränkten Rechtmäßigkeit spricht, und daß dieselben dem Exequenden nur mit eingeschränkter Dispositionsbefugniß, nämlich nur zur kommissionsweisen Verwerthung, überlassen worden sind.

Fraglich ist in der Praxis nur geworden, ob diese, wenn auch eingeschränkte Dispositionsbefugniß des Kommissionärs nicht dennoch ausreicht, um das Vorhandensein eines die Veräußerung hindernden Rechts auf Seiten des Kommittenten zu beseitigen. Denn man hat gesagt: der Kommissionär dürfe und solle ja gerade veräußern, also habe der Kommittent kein die Veräußerung hinderndes Recht.

Das klingt so, als wäre es eine richtige Schlußfolgerung, aber so richtig, wie sie dem Worte nach klingt, so verfehlt ist sie dem Sinne nach.

Allerdings darf der Kommissionär die Waare veräußern, aber nur im Sinne des ihm ertheilten Auftrages, im Interesse des Kommittenten. Er darf sie nicht zu beliebigem Zwecke veräußern, sondern in ordnungsmäßigem Geschäftsbetriebe. So wenig, wie er sie zur Deckung seiner Schulden freiwillig verpfänden darf, so wenig ist eine Zwangspfändung Schulden halber dem Kommittenten gegenüber giltig.

Wer dem entgegenhält, daß das innere Verhältniß zwischen dem Kommittenten und Kommissionär dem Dritten nichts angeht, denn der Kommissionär handele ja im eigenen Namen, wenn auch für Rechnung des Kommittenten, dem halten wir unsere schon so oft betonte und nicht oft genug zu betonende Grundanschauung entgegen, daß der Widerspruch sich in solchen und allen gleichartigen Fällen eben nicht auf das obligatorische Verhältniß zwischen dem Widersprechenden und dem Exequenden stützt, sondern auf den dargelegten früheren Besitz des Widersprechenden, an welchen sich nach dem Gesetze die vermuthete uneingeschränkte Rechtmäßigkeit knüpft, der gegenüber das Verhältniß des Exequenden zur gepfändeten Sache ein beschränktes, in einem Abhängigkeitsverhältnisse zum Widersprecher gipfelndes ist.

4. Die Intervention der Ehefrau.

Hier gilt es nicht, Streitfragen zu erörtern, sondern die nach Gesetz und Rechtsprechung bestehenden Grundsätze zu fixiren. Es gelten folgende Grundsätze:

1. Bei bestehender Gütergemeinschaft haftet für Schulden des Ehemannes das gütergemeinschaftliche Vermögen (§ 380, II., 1 A. L. R.), nicht für einseitige Schulden der Ehefrau (§ 369 daselbst).
2. Bei getrenntem Güterrechte dürfen wegen der Schulden des Ehemannes gemeinschaftliche Gegenstände, z. B. Hochzeitsgeschenke ohne Bestimmung des Beschenkten (§ 172 II, 1 A. L. R. nicht gepfändet werden. Es kann nur die actio communi dividundo gepfändet werden.
3. Desgleichen dürfen wegen der Schulden des Ehemannes die zum Vermögen der Ehefrau gehörigen Gegenstände nicht gepfändet werden, weder die zum vorbehaltenen Vermögen gehörenden, noch die zum eingebrachten Vermögen gehörenden, auch nicht die Mobilien letzterer Art, obwohl über diese der Ehemann frei verfügen darf (§ 247 a. a. O.), weil die Verordnung vom 7. April 1838 dies verbietet.
4. Die Rechtsregel des § 212, II, 1: Was die Frau in stehender Ehe erwirbt, erwirbt sie dem Mann, ist wie folgt auszulegen.
   a) Was die Frau durch häusliche Thätigkeit und gemeine Dienste erwirbt, gehört dem Mann. Auf diesen Erwerb bezieht sich die Rechtsregel. Erkenntniß des Obertribunals vom 10. März 1865, Striethorst Bd. 37 S. 247; Entscheidung des Reichsgerichts vom 1. November 1880, Bd. 3 Seite 251.)
   b) Bei Erwerb durch lästige Verträge gilt die Rechtsregel nicht schlechthin. Vielmehr kommt es hier auf die Umstände an. Wenn es auch theoretisch richtig ist, daß, wie das Reichsgericht Bd. 3 S. 252 annimmt, selbst beim Ankauf mit Mitteln des Ehemannes die Ehefrau für sich gekauft haben kann, so entspricht es doch den Erfahrungen des täglichen Lebens, daß gerade dieser Umstand, der Ursprung des Geldes, in der Praxis meist der richtige Wegweiser für die Frage ist, ob die Ehefrau für sich oder für ihren Mann gekauft hat. Ein anderer Wegweiser ist die Bestimmung des erworbenen Gegenstandes, und es ist dem Obertribunal (Entscheidung vom 30. Januar 1874, citirt von Ressel S. 123) darin beizustimmen, daß die Bestimmung der Sache für den Haushalt die Vermuthung begründet, daß der Erwerb für den Mann erfolgt sei.
   c) Die einzelnen Gegenstände, welche zu einem von der Ehefrau betriebenen Gewerbe gehören, können nicht gepfändet werden, der Reingewinn dagegen gehört dem Mann. Diesen Reingewinn, sowie überhaupt die dem Mann als Nießbraucher zustehenden Einkünfte des Vermögens der Ehefrau, z. B. aus ihrem Grundstücke, können die Gläubiger pfänden. Interveniren kann die Ehefrau nur, wenn sie nachweist, daß neben den sonstigen Einkünften des Ehemannes der beschlagnahmte Theil des Nießbrauchs zum Unterhalt der Familie unentbehrlich ist (Erkenntniß des Obertribunals vom 6. November 1873, Bd. 71 S. 52, Erkenntniß des Reichsgerichts vom 2. Januar 1880 Bd. 1 S. 138).
5. Für die Possessorienklage ist der von Ressel aufgestellte Grundsatz zu acceptiren, daß sich aus der Stellung des Ehemannes als Haushaltungsvorstand und aus dem § 184 a. a. O. eine thatsächliche Vermuthung dafür ergiebt, daß der Ehemann alle innerhalb der häuslichen Gemeinschaft vorfindlichen Gegenstände mit Ausnahme des gesetzlich Vorbehaltenen, in seiner ausschließlichen Gewahrsam hat und diese selbst dann, wenn die gemein-

schaftliche Wohnung auf den Namen der Frau gemiethet ist, ja sogar selbst dann, wenn der Mann eine besondere Wohnung gemiethet hat, falls die häusliche Gemeinschaft nicht ernstlich aufgelöst ist.

Der enge Raum dieser Abhandlungen verbietet es, auf diese Materie weiter einzugehen.

Vom Reichsgericht.*)

Wir berichten über die in der Zeit vom 1. bis 7. Juli 1888 ausgefertigten Erkenntnisse.

I. Die Reichsjustizgesetze.

Zur Civilprozeßordnung.

1. Der § 33 C.P.O. erklärt in zwei Fällen die Widerklage für zulässig, erstens, wenn die beiderseits geltend gemachten Ansprüche selbst im Zusammenhange stehen, und zweitens, wenn der Gegenanspruch mit den gegen die Klage vorgebrachten Vertheidigungsmitteln im Zusammenhange steht. In dem letzteren Falle bedarf es nicht des Zusammenhanges zwischen den beiderseitigen Ansprüchen selbst. Es genügt, wenn der Gegenanspruch, welcher allerdings zur Vertheidigung geeignet sein muß, zum Zwecke der Vertheidigung gegen die Klage, z. B. zum Zwecke der Kompensation, vorgebracht wird. Es ist dabei nicht erforderlich, daß sofort mit der Widerklage auch der Antrag auf Kompensirung der Gegenforderung gestellt werde. Die Richtigkeit dieser Auffassung ergiebt sich aus der Entstehungsgeschichte des § 33 (Vgl. von Wilmowski & Levy zu diesem Paragraphen Anmerkung 1), und schon der jetzige Wortlaut läßt es außer Zweifel, daß beim Vorhandensein des fraglichen Zusammenhanges mit den Vertheidigungsmitteln die Widerklage auch für den über die Vertheidigung hinausgreifenden Theil des Gegenanspruchs zulässig sein soll. II. C. S. i. S. Schneider c. Schneider vom 22. Juni 1888, Nr. 26/88 II.

2. Ein selbständiger Werthfestsetzungsbeschluß kann im Allgemeinen sowohl von der Partei nach § 16 des G. K. G. als von dem Rechtsanwalt nach § 12 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte mittelst einfacher Beschwerde angefochten werden. Die Partei hat aber kein Interesse eine höhere Festsetzung des Werths zu beantragen, die gegen solchen Beschluß von der Partei erhobene Beschwerde ist deshalb als unzulässig zu verwerfen. Hierauf beziehen sich die von dem O. L. G. angezogenen Beschlüsse des R. G. I. 33/85 vom 17. Juni 1885 und VI. 94/87 vom 23. Juni 1887, sowie zahlreiche andere Beschlüsse. Dagegen würde die von dem Anwalt allein angefochtene Werthfestsetzung der Gegenpartei gegenüber ohne rechtlichen Effekt sein, wenn der Kostenfeststellungsbeschluß nicht innerhalb der 14 tägigen Nothfrist von der Partei selbst angefochten wäre und deshalb rechtskräftig würde. Das R. G. hat deshalb auch in mehreren Beschlüssen ausgesprochen, die gegen einen Kostenfestsetzungsbeschluß, durch welchen die von der Gegenpartei zu erstattenden Kosten angeblich zu niedrig festgestellt sind, erhobene Beschwerde sei zulässig, weil sie ihrem Anwalt höhere Kosten zu zahlen habe; sie sei unbegründet, wenn ein von dem Anwalt nicht angefochtener Beschluß über die Werthfestsetzung in der Mitte liegt, welchem der Kostenfestsetzungsbeschluß entspricht. I. 68/84 vom 11. Dezember 1884 bei Bolze Praxis Bd. 1 S. 2087 und II. 157/85 vom 15. Dezember 1885. I. C. S. i. S. Kuschewsky c. Wilson vom 20. Juni 1888, B Nr. 35/88 I.

3. Durch § 87 Abs. 2 der C. P. O. ist nicht schlechtweg die Zubilligung der Kosten mehr als eines Rechtsanwaltes, so weit nicht die dort hervorgehobenen Ausnahmefälle vorliegen, ausgeschlossen, sondern es ist für diese Kosten dort nur das Erforderniß der in Abs. 1 daselbst als Regel hingestellten Prüfung, ob sie nach den besondern Umständen des Falles zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig gewesen seien, im Gegensatze zu den Kosten eines Rechtsanwaltes, aufrecht erhalten. Vergl. Entscheidungen des R. G. in Civilsachen, Bd. 15 Seite 402 ff. VI. C. S. i. S. Fliegner c. Mautsch vom 21. Juni 1888, B Nr. 77/88 VI.

4. Das B. G. hat die Kosten des Rechtsstreites der Kl. auferlegt. Es hat nämlich erwogen, daß die Kl. mit ihren im ersten Rechtszuge gestellten Anträgen nicht würde haben durchdringen können, da mit diesen Anträgen gegen den Grundsatz des Preußischen Rechtes, nach welchem den Theilhabern an einem Gesammtvermögen nur bestimmte Theile an diesem Gesammtvermögen, nicht an den einzelnen in demselben begriffenen Sachen zustehen, verstoßen, und daß daher die Bestimmung im § 92 Abs. 2 der C. P. O. zu Ungunsten der Kl., welche nur in Folge der Stellung anderweiter Anträge im zweiten Rechtszuge obgesiegt habe, anzuwenden sei. Der Anwendung des § 92 Abs. 2, nach welcher Vorschrift die Kosten der Berufungsinstanz der obsiegenden Partei ganz oder theilweise auferlegt werden können, wenn dieselbe auf Grund eines neuen Vorbringens obsiegt, welches sie nach dem Ermessen des Gerichts in I. J. geltend zu machen in der Lage war, steht auch im vorliegenden Falle nichts entgegen. Aber die fragliche Bestimmung ist insofern unrichtig angewendet, als sie nicht zur Verurtheilung der obsiegenden Partei in alle Kosten des Rechtsstreits führen, sondern die Kostenpflicht der obsiegenden Partei nur betreffs der Kosten der Berufungsinstanz rechtfertigen kann, während die Kosten der I. J. der Hauptsache folgen müssen. Hieraus folgt, daß zwar die Kosten II. J. der Kl. zur Last zu bleiben haben, daß aber die Kosten I. J., soweit die beiden Rkl. dabei betheiligt sind, diesen innerhalb der durch das landgerichtliche Urtheil gezogenen Grenzen und nach Maßgabe der Antheilsberechtigung der beiden Rkl. an dem Streitgegenstande aufzulegen sind. IV. C. S. i. S. Koczial und Gen. c. Baranski vom 11. Juni 1880, Nr. 69/88 IV.

5. Der § 265 C. P. O., welcher die Normen für Ermittelung von Statutarrechten vorschreibt, will es keineswegs der Willkür des Richters anheimgestellt haben, ob er sich auf eine Prüfung des von den Parteien ihm vorgetragenen Materials beschränken und nur dasjenige berücksichtigen wolle, worauf sich die für beweispflichtig erachtete Partei berufen hatte, s. Struckmann und Koch, Kommentar zu § 265, Wilmowski und Levi zu § 265 Anm. 4. Zwar ist nicht ausgeschlossen, daß nicht unter Umständen für das Ergebniß der fraglichen Ermittelung entscheidend werden kann, welcher Partei die Beweislast zufällt. Aber der Richter darf nicht von vornherein nur auf das Vor-

*) Nachdruck ohne Angabe der Quelle verboten.

bringen der beweispflichtigen Partei sein Augenmerk richten und um deswillen jeder Untersuchung darüber sich entziehen, ob nicht noch anderweite Erkenntnißquellen in Betreff der Geltung des betreffenden Statutarrechts vorhanden sind. Wie die Gründe des B. G. zeigen, hat jedoch dasselbe allein und ausschließlich die Behauptungen der beklagten Partei, womit diese die Geltung des fraglichen Rechts in Abrede gezogen hat, bei seiner Erörterung zu Grund gelegt. Dazu kommt, daß der B. R. bei richtiger Auffassung des Sachverhältnisses auch nicht den Bekl. für beweispflichtig hätte erachten sollen. In Wirklichkeit hat nicht der Bekl. die Nichtgeltung des Lüneburger Stadtrechts darzuthun, sondern es hat der Kl., welcher auf Grund dieses Rechtes seinen Anspruch erhebt, in der durch § 265 C. P. O. modifizirten Weise den Nachweis zu liefern, daß der Geltungsbereich des Stadtrechts zur Zeit der Eheschließung des Bekl. auf den sogenannten Meyer'schen Garten sich erstreckt hat. III. C. S. i. S. Mätschler c. Vorschußverein Lüneburg vom 25. Mai 1888, Nr. 17/88 III.

6. Der Einwand der Bekl., welchen das Vordergericht für begründet hält, besteht darin, daß diejenige Handlung, welche die Bekl. urtheilsmäßig zu leisten haben, sich aus neun einzelnen Handlungen zusammensetze und daß vier dieser Handlungen bereits geleistet seien resp. daß deren Leistung dem Kl. vergeblich angeboten sei, und daß deshalb bezüglich dieser Handlungen die Voraussetzung zur Zwangsvollstreckung gemäß § 773 der C. P. O. fehle. Dieser Einwand ist ein solcher, welcher den durch das Urtheil festgestellten Anspruch selbst betrifft; denn durch denselben wird bezweckt, die durch das Urtheil begründete Berechtigung auf Vollstreckung hinsichtlich eines Theils des Urtheilsanspruches, aus materiellen Gründen, wegen Befriedigung des Kl. beziehungsweise wegen vergeblich angebotener Befriedigung, zu entkräften. Ein derartiger Einwand ist aber nach § 686 der C. P. O. von dem Schuldner nur im Wege der Klage bei dem Prozeßgericht I. J. geltend zu machen; das für Einwendungen anderer Art in der Zwangsvollstreckungsinstanz zugelassene Beschluß- und Beschwerdeverfahren ist demselben verschlossen. Der Eingang des § 773 der C. P. O.: „Erfüllt der Schuldner die Verpflichtung nicht, eine Handlung vorzunehmen, u. s. w." stellt nicht etwa für diesen Fall eine besondere und besonders festzustellende Voraussetzung dar, sondern dient lediglich zur Bezeichnung des Falles, für welchen im § 773 Vorsorge getroffen wird. Die Verpflichtung zur Vornahme der Handlung wird durch das vollstreckbare Urtheil, durch welches dieselbe ausgesprochen ist, begründet und dieses Urtheil bildet die alleinige Voraussetzung der Zwangsvollstreckung. So wenig vor Vollstreckung eines dem Gläubiger eine Geldforderung zusprechenden Urtheils zu prüfen ist, ob nicht bereits durch Zahlung oder anderweitige Befriedigung die Geldforderung getilgt worden, so wenig steht dem Gericht bei der Vollstreckung eines auf Vornahme einer Handlung gerichteten Urtheils die Untersuchung zu, ob die Handlung nicht etwa schon geleistet ist. Wollen die Kommentatoren der C. P. O. Petersen (2. Aufl. S. 1074 f.), Endemann (Bd. 3 S. 317) und Gaupp (Bd. 3 S. 411 Anm. II 3) mit der Bemerkung, daß das Prozeßgericht vor Ertheilung der Ermächtigung gemäß § 773 der C. P. O. zu prüfen habe, ob die Nichterfüllung durch den Schuldner feststeht, etwas Anderes sagen, so ist dem nicht beizutreten. Erklärt der Schuldner, nachdem ihm der Antrag des Gläubigers mitgetheilt worden, er habe die Handlung bereits vorgenommen, so verhindert er dadurch den Beginn der Zwangsvollstreckung gemäß § 773 nicht; dies kann er vielmehr nur dadurch erreichen, daß er gemäß § 686 der C. P. O. Klage erhebt und auf dem in § 688 vorgezeichneten Wege die Einstellung der Zwangsvollstreckung bewirkt. Der § 686 gehört zu den allgemeinen Bestimmungen, welche auf alle Arten der Zwangsvollstreckung zur Anwendung zu bringen sind. Es hätte deshalb einer besonderen Vorschrift bedurft, wenn dessen Anwendung im Falle des § 773 der C. P. O. ausgeschlossen sein sollte. Daran fehlt es aber. Hiermit in Uebereinstimmung hat bereits der I. C. S. des R. G. unter dem 2. Juli 1887 (Juristische Wochenschrift 1887 S. 353) entschieden. Der Einwand des Schuldners, daß die Ertheilung der Ermächtigung zu Unrecht extrahirt sei, weil er die Handlung inzwischen selbst vorgenommen habe, ist nicht mittels Beschwerde, sondern als Einwand der Erfüllung des Judikats im Wege der Klage bei dem Prozeßgericht I. J. geltend zu machen (vergleiche auch Förster, Kommentar zur C. P. O. Bd. 2 S. 578 Anm. 4). V. C. S. i. S. Fürst Hohenlohe c. Riedel vom 27. Juni 1888, B. Nr. 70/88 V.

II. Das Wechselrecht.

7. Kl. hat vom Bekl. für 64 000 Mark Wechselaccepte im Kontokorrent erhalten und dieselben weiter begeben. Er ist für die entsprechenden Beträge vom Bekl. belastet worden, hat denselben auch übereinstimmend in seinen Büchern erkannt. Demnächst ist zuerst über das Vermögen des Kl., sodann über das des Bekl. Konkurs eröffnet worden. Die Wechselforderungen sind in beiden Konkursen zum vollen Betrage angemeldet; aus der Konkursmasse des Bekl. ist auf dieselbe eine Akkordrate von 15 Prozent gezahlt worden, dagegen hat nach dem Thatbestand des B. U. der Vertreter der Kl. auf die Frage, ob von Seiten der klagenden Konkursmasse inzwischen Zahlungen auf die hier fraglichen Accepte geleistet seien, die Erklärung abgegeben, daß solches nicht behauptet werde. Die gleiche Antwort ist auf die Frage erfolgt, ob bezüglich der Acceptentnahmen des Kl. bei Eingehung der Geschäftsverbindung oder später besondere Vereinbarungen unter den Parteien getroffen seien. Bei dieser Sachlage hat der B. R. das Verlangen der Kl., das mit der Eröffnung des klägerischen Konkurses geschlossene Kontokorrent dahin zu berichtigen, daß ihr die betreffenden Acceptbeträge abzüglich der vom Bekl. auf dieselben gezahlten 15 Prozent wieder gutgebracht werden, und den Bekl. zur Zahlung der Akkordrate von dem ihr hiernach zustehenden Saldo zu verurtheilen, mit Recht für unstatthaft erachtet. Die Entscheidung ist begründet durch die Erwägung, daß, nachdem der Kl. durch Begebung der in Rede stehenden Accepte in den Besitz der Valuta gelangt ist, sein Anspruch in Ermangelung besonderer Vereinbarungen keinenfalls gerechtfertigt erscheint, so lange er lediglich vor einem ihn bedrohenden Regreß steht, mithin nur die Möglichkeit vorliegt, daß ihm die dem Bekl. gutgeschriebenen Beträge theilweise wieder entzogen werden. Ebenso ist der weitere Anspruch des Kl. auf Rückgabe der dem Bekl. als Faustpfand gegebenen Werthpapiere zur Zeit nicht begründet. Dieselben sind dem Bekl. zur Sicherheit seines Guthabens aus dem Geschäftsverkehr mit dem Kl. verpfändet worden. Rückgabe der Pfänder kann Kl. mithin nur dann fordern, wenn er darthut, daß der Bekl.

in Betreff seines Kontokorrentguthabens befriedigt oder daß dasselbe als ausgeglichen zu betrachten ist. Auch in dieser Beziehung wird die dem Kl. obliegende Rechtfertigung seines Anspruches durch den Hinweis auf den ihm drohenden Wechselregreß nicht erbracht. I. C. S. i. S. Heilbrunn c. v. Born vom 20. Juni 1888, Nr. 158/88 I.

III. Sonstige Reichsgesetze.

Zum Haftpflichtgesetz.

8. Die Revision erachtet den § 3 Nr. 1 des Haftpflichtgesetzes deshalb für verletzt, weil das B. G. angenommen hat, zur Begründung der Klage genüge der Umstand, daß der Getödtete bei seinem Ableben gesetzlich verpflichtet war, seinen Eltern bei eintretendem Bedürfnisse Unterhalt zu gewähren, ohne daß es darauf ankomme, ob die Kl. schon zur Zeit des Todes ihres Sohnes in hülfsbedürftiger Lage sich befunden haben. Diese Rüge erweist sich indessen als verfehlt. Ueber die Bedeutung des § 3 Nr. 1 a. a. O. hat sich das Urtheil des R. G. vom 11. März 1881 (Entscheidungen in Civilsachen Bd. 4 S. 104) in demselben Sinne ausgesprochen wie jetzt der Vorderrichter, und bei nochmaliger Erwägung muß an der früheren Auslegung des Gesetzes unbedenklich festgehalten werden. Wenn die Revision meint, diese Auslegung stehe mit dem Wortlaute des § 3 Nr. 1 im Widerspruche, so übersieht sie, daß nach § 63 A. L. R. Thl. II Tit. 2 für H. zur Zeit seines Todes die gesetzliche Verpflichtung schon bestand, seine Eltern in Unglück und Dürftigkeit nach seinen Kräften und Vermögen zu unterstützen. Derjenige Schaden aber, welchen die Kl. durch den Wegfall der so bedingten Alimentationspflicht erlitten haben, soll ihnen nach der Vorschrift des § 3 Nr. 1 a. a. O. von dem Betriebsunternehmer unter den Voraussetzungen der §§ 1, 2 des Haftpflichtgesetzes ersetzt werden, und gerade dieser Schadensersatz ist ihnen in den Vorinstanzen dem Grunde nach zugebilligt. (Vergl. auch die Urtheile und weiteren Nachweise bei Eger, Haftpflichtgesetz S. 362, 376, 385 ff., sowie Dernburg, Preußisches Privatrecht Bd. 2 S. 875 Anm. 27). VI. C. S. i. S. Königsgrube c. Herzig vom 21. Juni 1888, Nr. 181/88 VI.

Zum Patentgesetz.

9. Aus dem ganzen Inhalt des Pat. G. vom 25. Mai 1877 geht der Gesetzeswille hervor, daß von dem 1. Juli 1877 an deutsche Patente im ganzen deutschen Reiche gleiche Rechtswirkungen erzeugen sollen. Aus dem § 34 jenes Gesetzes ergiebt sich, daß eine dieser Rechtswirkungen, welche im ganzen deutschen Reiche gleichmäßig eintreten sollen, darin besteht, daß nur aus einem in Wirklichkeit wissentlichen in Benutzung Nehmen einer patentirten Erfindung seitens eines Andern als des Patentinhabers (ohne Erlaubniß des letzteren) für den Patentinhaber ein Recht auf Entschädigung entstehen, dagegen im Falle einer nicht in Wirklichkeit wissentlichen Verletzung seines Patentrechts ihm durch die Verletzung kein Recht auf Entschädigung zustehen soll. Diese Norm des Reichsrechts beruht auf gesetzgeberischer Berücksichtigung des öffentlichen Interesse in zwei auszugleichenden divergirenden Richtungen, nämlich einerseits in der Richtung, durch den Patentschutz die Lust zu gewerblich verwerthbaren neuen Erfindungen anzuregen, andererseits durch eine scharfe Beschränkung dieses Schutzes in Bezug auf das Entschädigungsrecht des Patentinhabers (auf die in Wirklichkeit wissentliche Benutzung der ihm patentirten Erfindung ohne seine Erlaubniß) aus dem Gesetzesgrunde, den gewerblichen Verkehr im deutschen Reiche vor den Belästigungen und der Unsicherheit zu schützen, welchen die Bevölkerung (namentlich die Handel und Gewerbe betreibende) im deutschen Reiche ausgesetzt sein würde, wenn gerichtliche Bestrafung und eine (unter Umständen sehr weit gehende) civilrechtliche Haftung auch in Fällen nicht wissentlicher Verletzung von Patentrechten eintreten sollte (vergl. die Motive zu den §§ 31—34 des Entwurfs des Pat. G.). Letzterem Grunde und dem ersichtlich erklärten Willen des Reichsgesetzes würde es durchaus widersprechen, im Falle der Erhebung einer Klage auf Untersagung der Benutzung einer dem Kl. patentirten Erfindung (weil diese Benutzung das Patentrecht des Kl. objektiv verletze), und auf Entschädigung (weil die Benutzung eine wissentliche sei), schon deswegen, weil diese Klage erhoben worden sei und in dem dadurch angestrengten Prozesse die Verurtheilung des Bekl., sein das Patentrecht des Kl. verletzendes Verhalten einzustellen, erfolge, es für zulässig zu erachten, gleichzeitig den Bekl. zur Entschädigung des Kl. wegen der Benutzung des Patentrechts während des Prozesses zu verurtheilen, obwohl die Entschädigungsklage für die Benutzung der patentirten Erfindung bis zur Klageerhebung wegen Nichtexistenz der Wissentlichkeit dieser Benutzung abzuweisen, und thatsächlich vollständig klargelegt war, daß der Bekl. auch nach der Klageerhebung während des Prozesses die dem Kl. patentirte Erfindung in Wirklichkeit keineswegs im Sinne des Reichsrechts wissentlich, sondern in gutem Glauben und der festen Ueberzeugung, daß die Klage des Patentinhabers völlig unbegründet sei, daß des Bekl. Verhalten kein Patentrecht des Kl. verletze und daß es nicht möglich sei, daß sich die Sache anders verhalte. — Dadurch würde dem Patentinhaber ein Recht auf Entschädigung wegen einer im Sinne des R. Ges. nicht wissentlichen Benutzung seiner patentirten Erfindung gewährt, also das Reichsrecht verletzt werden. Der Bekl. würde verurtheilt, entweder, weil er ohne Fahrlässigkeit seit der Klageerhebung nicht mehr habe davon überzeugt sein dürfen, daß sein Verhalten (wenigstens möglicher Weise) ein patentverletzendes sei, oder weil eine Fiktion an die Stelle der reichsgesetzlich geforderten wirklichen Thatsache gesetzt wird. Seit dem Bestehen der Gesetzeskraft des Reichspatentrechts kann die Klageerhebung als solche nicht das Recht auf Entschädigung wegen Patentverletzung durch das Verhalten des Bekl. während des Prozesses erzeugen, sondern die Thatsache ihrer Realisirung ist lediglich ein (von dem Richter der Instanzen, in welchem nach dem Prozeßgesetz thatsächliche Feststellungen zu treffen sind, zu würdigendes, vor Fällung des Urtheils existent gewordenes) für den Schluß auf die Wissentlichkeit der Benutzung der patentirten Erfindung während des Prozesses relevantes faktisches Moment, welches allerdings in der Mehrzahl der Fälle zu dem Schluß auf die Existenz der Wissentlichkeit führen wird, indessen keineswegs in allen Fällen zu diesem Schlusse führen muß. I. C. S. i. S. Mitscherlich c. Freiberger Papierfabrik vom 9. Juni 1888, Nr. 142/88 I.

Zu den Reichsstempelgesetzen.

10. Die Parteien streiten darüber, ob die in den einzelnen Erinnerungen der Stempelbehörde zusammengefaßten Geschäfte aus dem Grunde zusammenzurechnen sind, weil die Kl. über diese Geschäfte den Kommittenten in einem Schreiben Aufgabe gemacht hat. Für die Entscheidung dieser Frage aber sind folgende Gesichtspunkte maßgebend: die Verpflichtung zur Ausstellung einer Schlußnote wird nach dem Reichsstempelgesetze durch die Thatsache eines ein Kauf- oder Anschaffungsgeschäft enthaltenden Geschäftsabschlusses bedingt (§§ 10, 11). Daß das in einem Akte abgeschlossene Geschäft mehrere Gegenstände umfaßt, bewirkt nicht eine Mehrheit abgabepflichtiger Geschäfte. Für die Frage der Besteuerung liegt also ein Anschaffungsgeschäft vor, wenngleich Gegenstand desselben juristisch eine Mehrheit von Käufen, sei es über Effekten derselben Art zu verschiedenen Kaufpreisen, sei es über Effekten verschiedener Art, bildet. Die Auffassung der Vorderrichter würde die Anwendung des Gesetzes illusorisch machen. Sie würde einerseits nöthigen, über ein Geschäft, welches verschiedene Werthpapiere oder dasselbe Werthpapier zu verschiedenen Preisen umfaßt, verschiedene Schlußnoten auszustellen, andererseits zur Zerlegung eines abgabepflichtigen Geschäfts in mehrere abgabefreie auffordern. Grade um letzteres zu verhüten, ist im § 8 des Gesetzes bestimmt, daß, wenn zwischen denselben Kontrahenten an demselben Tage zu gleichen Vertragsbestimmungen mehrere Geschäfte über Gegenstände derselben Art ohne Vermittler oder durch denselben Vermittler abgeschlossen werden, diese Geschäfte in Betreff der Besteuerung als ein Geschäft gelten. Bericht der Kommission des Reichstages (Nr. 286 der Drucksachen, 6. Legislaturperiode, I. Session 1884/85) S. 32. (Vergl. Neumann das Börsensteuergesetz, 3. Aufl. S. 47.) Auch § 12 Abs. 1 des Gesetzes ist mit der Auffassung der Vorderrichter unvereinbar, welcher gestattet, daß über mehrere selbstständige abgabepflichtige Geschäfte unter denselben Kontrahenten eine Schlußnote ausgestellt werde, womit die Berechnung der Abgabe von dem Gesammtwerthe der Geschäfte von selbst gegeben ist. Die Vorderrichter verkennen aber vor Allem den Begriff des im § 7 Abs. 3 erwähnten Abwickelungsgeschäfts. Die Stempelabgabe ist nach Ziffer 4 des Tarifs von dem abgeschlossenen Kauf- oder sonstigen Anschaffungsgeschäfte zu entrichten. Nun bestimmt § 7 Abs. 3: Ist das Geschäft von einem Kommissionär (Art. 360 des H. G. B.) abgeschlossen, so ist die Abgabe sowohl für das Geschäft zwischen dem Kommissionär und dem Dritten, als auch für das Abwickelungsgeschäft zwischen dem Kommissionär und dem Kommittenten zu entrichten, sofern nicht die Bestimmung des § 12 Abs. 2 eintritt. Diese letztere Bestimmung lautet: Wird bei Kommissionsgeschäften für einen auswärtigen Kommittenten, welcher seinerseits als Kommissionär eines Dritten handelt, die Schlußnote mit dem Zusatze „in Kommission" ausgestellt, so bleibt das Abwickelungsgeschäft zwischen ihm und seinem Kommittenten von der Abgabe befreit, wenn er die Schlußnote spätestens am ersten Werktage nach dem Empfang unter Beifügung des Namens seines Kommittenten an den letzteren absendet. Daß ein Fall dieser Bestimmung nicht vorliegt, ist außer Frage. Es handelt sich ferner nicht um Geschäfte zwischen dem Kommissionär und dem Dritten, sondern um Abwickelungsgeschäfte zwischen der Kl. als Kommissionärin und ihren Kommittenten. Das Gesetz (§ 7 Abs. 3) sieht, von dem ausgeschiedenen Falle des § 12 Abs. 2 abgesehen, jedes Abwickelungsgeschäft zwischen dem Kommissionär und dem Kommittenten als ein der Abgabe nach Ziffer 4 des Tarifs unterliegendes Kauf- oder Anschaffungsgeschäft an. Der Grund hierfür ist in dem Berichte der Reichstagskommission zu § 7 Abs. 3 (a. a. O. S. 31) folgendermaßen näher dargelegt: „Der Abs. 3 ist bestimmt, die Frage zu entscheiden, ob die Abwickelung des von einem Kommissionär mit einem Dritten abgeschlossenen Geschäfts zwischen ihm und seinem Kommittenten ein steuerpflichtiges Geschäft darstellt oder nicht. Art. 376 Abs. 3 des H. G. B. bestimmt: „Macht der Kommissionär nicht zugleich mit der Anzeige über die Ausführung des Auftrages eine andere Person als Käufer oder Verkäufer namhaft, so ist der Kommittent befugt, den Kommissionär selbst als Käufer oder Verkäufer in Anspruch zu nehmen." Macht der Kommittent von dieser Befugniß Gebrauch, so liegt unzweifelhaft ein Anschaffungsgeschäft zwischen ihm und dem Kommissionär vor, anderenfalls aber nicht, da dann der Kommissionär nach Art. 361 lediglich verpflichtet ist, dem Kommittenten über das mit dem Dritten abgeschlossene Geschäft Rechenschaft zu geben und ihm dasjenige zu leisten, was er aus dem Geschäfte zu fordern hat. Die Steuerpflicht ist hiernach von dem Entschluß des Kommittenten abhängig und ins Ungewisse gestellt, woraus sich für die Praxis erhebliche Unzuträglichkeiten ergeben müssen. Thatsächlich liegen die Verhältnisse aber so, daß der Kommissionär regelmäßig und mit verschwindenden Ausnahmen von dem ihm im Art. 376 Abs. 1 des H. G. B. zustehenden Rechte, die Kommission als Selbstkontrahent auszuführen, Gebrauch macht. Der vorausgesetzte Fall, daß es sich um die Abwickelung eines mit einem Dritten für Rechnung des Kommittenten abgeschlossenen Geschäfts handle, ist deshalb von keiner wesentlichen praktischen Bedeutung. Der Kommissionär steht sowohl dem Dritten als seinem Kommittenten regelmäßig als Kontrahent für eigene Rechnung gegenüber. Es entspricht dieser Sachlage und erscheint zugleich . . . . wirthschaftlich unbedenklich, im Interesse der Steuersicherheit aber nothwendig, das Geschäft zwischen dem Kommissionär und dem Kommittenten ohne weitere Unterscheidung der Steuerpflicht zu unterwerfen. Für gewisse Ausnahmsfälle ist im § 11a Abs. 2 (jetzt § 12 Abs. 2 des Gesetzes) Vorsorge getroffen." Es ist an einer anderen Stelle des Kommissionsberichts (a. a. O. S. 6) darauf hingewiesen, daß viele Geschäfte, namentlich bei großen Bankinstituten sich „in sich" vollziehen, nämlich dann, wenn das Bankhaus Kommissionen zum Kauf und Verkauf derselben Waaren- oder Effektengattung habe, hier bedürfe es, soweit sich die Beträge decken, keines Kaufs an der Börse. Es kann sich dem Vorstehenden nach nur darum fragen, durch welche äußere Handlung das Abwickelungsgeschäft zwischen der Kl. und ihren Kommittenten zu Stande gekommen ist. Hierbei kommt in Betracht, daß die Kl. nach den Thatbeständen der Vorderrichter einen Geschäftsabschluß mit ihren in den Schlußnoten genannten Kommittenten in anderer Art, als durch das Aufgabeschreiben, d. h. durch die der Vorschrift des Art. 376 Abs. 3 H. G. B. entsprechende Anzeige über die Ausführung des

Auftrages, nicht behauptet hat. Ist aber hiervon auszugehen, so hat sich ein anderes, als das durch diese Erklärung und den darin liegenden Selbsteintritt des Kommissionärs zufolge Art. 376 Abs. 3 abgeschlossene Anschaffungsgeschäft nicht vollzogen. Und da nach dieser Vorschrift der Zeitpunkt des Eintritts des Kommissionärs als Selbstkontrahent den Abschluß des Anschaffungsgeschäfts bedingt, so liegt in Betreff aller in der Anzeige enthaltenen einzelnen Geschäfte ein Abwickelungsgeschäft und somit auch nur ein abgabepflichtiges Anschaffungsgeschäft im Sinne des § 10 des Reichsstempelabgabengesetzes vor, über welches die Schlußnote auszustellen war, und es handelt sich nicht um mehrere abgabepflichtige Geschäfte im Sinne des § 12. Daher ist nach Ziffer 4 des Tarifs auch die Stempelabgabe von dem Werthe dieses Anschaffungsgeschäfts zu erheben. Darnach waren die auf dieser Rechtsanschauung beruhenden, den Beträgen nach richtigen, insoweit auch nicht bemängelten Erinnerungen des Stempelfiskals begründet. Die entgegenstehende Auffassung des B. G. ist rechtlich unhaltbar. IV. C. S. i. S. Fiskus c. Berliner Handelsgesellschaft vom 12. Juni 1888, Nr. 46/88 IV.

Zum Unfallversicherungsgesetz.

11. Der bei dem Königlich Bayerischen Oberpostamte in Augsburg als Packetbote bedienstete Kl. war am 10. Februar 1887 auf dem Augsburger Staatsbahnhofe damit beschäftigt, aus dem Bahnpostwagen des Nürnberg—Augsburger Mittagszuges die Postpackete zu entnehmen und auf den vor dem Eisenbahnwagen stehenden Postkarren zu entladen, als plötzlich ein Rangierzug auf den Bahnpostwagen stieß, diesen in Bewegung setzte, und hierdurch Kl. zwischen diesen Wagen und den Postkarren gezwängt, eine Quetschung des Unterleibes erlitt, welche einen rechtsseitigen Leistenbruch und eine voraussichtlich dauernde Dienstes- und Erwerbsunfähigkeit desselben herbeiführte. Wegen dieses Unfalles wurde mit Entschließung der Königlichen Direktion der Bayerischen Posten und Telegraphen vom 7. Juli 1887 auf Grund des Unfallversicherungsgesetzes vom 6. Juli 1884 und der Novelle hierzu vom 28. Mai 1885 dem Kl. eine Entschädigung von 66⅔ Prozent seines bisherigen, jährlich 900 Mark betragenden, Gehaltes vorerst auf die Dauer eines Jahres bewilligt. Kl. hat nun auf Grund des R. H. G. und der Normen der lex aquilia den Königlich Bayerischen Eisenbahnfiskus auf Zahlung der restigen 33⅓ Prozent seines Gehaltes, d. i. 300 Mark jährlich in Anspruch genommen und, da dieses Begehren auf Grund der §§ 95, 96 des Unfallversicherungsgesetzes abgelehnt wurde, beim Königlich Bayerischen L. G. München I Klage erhoben mit dem Antrage, den Königlich Bayerischen Eisenbahnfiskus zu verurtheilen, an Kl. vom 10. Februar 1887 angefangen eine in monatlichen Raten zahlbare Jahresrente von 300 Mark zu entrichten und die Kosten des Streites zu tragen. Die Klage ist in den Vorinstanzen zurückgewiesen und die von dem Kl. eingelegte Revision verworfen. Aus der eingehenden Begründung des Revisionsurtheils sind folgende Sätze hervorzuheben. Die Vorfrage stellt sich dahin, ob zunächst das Unfallversicherungsgesetz in Verbindung mit dem sogenannten Ausdehnungsgesetze vom 28. Mai 1885 hier überhaupt zur Anwendung kommt. Diese Frage wäre sofort zu verneinen, wenn Kl. als Beamter im Sinne des R. Ges. vom 15. März 1886, betreffend die Fürsorge für Beamte und Personen des Soldatenstandes in Folge von Betriebsunfällen, zu erachten, und wenn die Voraussetzungen der §§ 12 und 13 dieses Gesetzes erfüllt wären. In diesem Falle würde freilich nach der klaren Vorschrift dieses Gesetzes § 10 dem Kl. ein weiterer Anspruch als jener auf die betreffende Pension gegen den Bayerischen Staat gleichfalls nicht zur Seite stehen. Allein nach der unbestrittenen Feststellung in den Gründen des ersten Urtheils zählt Kl. nicht zu den mit Pensionsberechtigung angestellten Beamten, und in Ermangelung eines desfalls für Bayern ergangenen Landesgesetzes hat im Hinblicke auf die §§ 12 und 13 cit. das mehrerwähnte Gesetz dem Kl. gegenüber außer Anwendung zu bleiben. Kl. zählt nicht unter die in § 4 des Unfallversicherungsgesetzes genannten Beamten; im Hinblick auf das Ausdehnungsgesetz vom 28. Mai 1885 unterliegt daher die Frage nach dem Umfange der Ansprüche des Kl. aus dem gehabten Unfalle zunächst den Normen des Unfallversicherungsgesetzes, vorausgesetzt, daß Kl. den in Rede stehenden Unfall in demjenigen Betriebe, in welchem er nach seinem Dienstvertrage beschäftigt war, d. i. also im Betriebe der Königlich Bayerischen Post, erlitten hat. Daß diese Voraussetzung gegeben ist, kann nicht zweifelhaft sein. Der Umstand, daß der Unfall zunächst durch ein Rangirmanöver, also durch den Betrieb der Eisenbahn veranlaßt wurde, und sich daher zugleich als ein Eisenbahnbetriebsunfall darstellt, schließt selbstverständlich, insbesondere bei der durch die moderne Verkehrsentwickelung zwischen dem Eisenbahn- und Postbetriebe geschaffenen Wechselwirkung, nicht aus, daß Kl. den Unfall zugleich und in erster Linie im Betriebe der Post erlitten hat. Es besteht nicht der geringste Zweifel, daß § 95 unter Betriebsunternehmer den Unternehmer versteht, in dessen Betriebsunternehmen der Unfall eingetreten und der beschädigte Arbeiter beschäftigt ist, also den Arbeitgeber des Beschädigten. — Im Gegensatze hiezu erscheint als Dritter im Sinne des § 95 Entwurf — jetzt § 98 — unter Anderen auch derjenige Betriebsunternehmer, der nicht zu dem Beschädigten im Verhältnisse eines Arbeitgebers steht. — Wo in Deutschland Reichs- oder Staatsbetrieb hinsichtlich einer Anstalt, welche unter Anderem auch vermögensrechtliche Zwecke verfolgt, stattfindet — und dies ist der Fall sowohl bezüglich der Posten als der Eisenbahnen —, ist das Reich oder der Staat selbst — der Reichs- oder Landesfiskus — der Betriebsunternehmer, mag auch aus administrativen, rechnerischen und anderen Rücksichten die formelle sowohl, als die vermögensrechtliche und technische Verwaltung und Leitung in den Händen von verschiedenen — gewissermaßen von einander unabhängigen — Behörden sich befinden, mag insbesondere die Anstellung der Betriebsbeamten und Bediensteten durch völlig verschiedene Organe erfolgen, mögen endlich für die einzelnen Fonds und deren Organe verschiedene Bezeichnungen, wie „Postfiskus, Eisenbahnfiskus," offiziell angewendet und die fiskalische Vertretung gesonderten Behörden übertragen sein. Vergleiche Reichsgerichts-Entscheidungen Bd. II S. 394 oben. Dies ist, wie die Vorinstanzen ohne Verletzung revisibler Rechtsnormen annehmen, auch für Bayern zutreffend. Vergl. von Pözl, Bayerisches Verfassungsrecht 5. Auflage § 83; vergl. desselben Bayerisches Verwaltungsrecht 2. Auflage § 251. Sind aber in Bayern der Post- und der Eisenbahnfiskus nicht verschiedene Rechtspersönlichkeiten, sondern repräsentiren beide nur nach verschiedenen administrativen 2c. Be-

ziehungen den Bayerischen Staat, den Landesfiskus, so kann nicht gesagt werden, daß der Post- und der Eisenbahnbetrieb in Bayern von verschiedenen Rechtspersönlichkeiten ausgeübt werden. Vielmehr betreibt der Staat sowohl die Posten als die Eisenbahnen, ist aber der Staat in Bezug auf den Postbetrieb sowohl als auf den Eisenbahnbetrieb der Betriebsunternehmer, so ist er auch qua Eisenbahnbetriebsunternehmer dem Postbediensteten gegenüber nicht eine dritte Person im Sinne des § 98 cit. Ist der Staat dem Postbediensteten, Postarbeiter gegenüber Arbeitgeber, so streift er diese Eigenschaft nicht um deswillen respektive insoweit ab, weil beziehungsweise als der Unfall des Postarbeiters auch im Eisenbahnbetriebe (im Sinne des § 1 des Haftpflichtgesetzes) stattgefunden hat. Es kann das Verhältniß nicht anders betrachtet werden, als wenn eine physische Person oder eine Aktiengesellschaft verschiedene unfallversicherungspflichtige Unternehmungen betreibt, und ein, ausschließlich in dem einen Unternehmen angestellter und beschäftigter, Arbeiter in dem Betriebe dieses und zugleich des anderen Unternehmens verunglückt. Auch hier wird nach Wortlaut und Sinn der §§ 95—98 des Unfallversicherungsgesetzes — von Vorsatz des Betriebsunternehmers abgesehen — nur die Unfallentschädigungsrente aus dem Unfallversicherungsgesetze gefordert werden können; denn dem Beschädigten steht nur ein Unternehmer, nur ein Arbeitgeber gegenüber, und durch das Gesetz von 1884 (mit Ausdehnungsgesetz) sollten die Prozesse zwischen Arbeitgeber und Arbeiter auf die Fälle vorsätzlichen Verschuldens des ersteren beschränkt werden. VI. C. S. i. S. Leidel c. Bayer. Eisenbahnfiskus vom 14. Juni 1888, Nr. 114/88 VI.

IV. **Das Gemeine Recht.**

12. Die Frage, in welchem Umfange das grobe Verschulden, culpa lata, der Arglist, dem dolus, auf dem Gebiete des Privatrechts gleich stehe, ist in der Doktrin und Praxis sehr bestritten. Es muß jedoch der auch von dem B. G. seiner Entscheidung zu Grunde gelegten Ansicht beigetreten werden, daß die Gleichstellung sich nur auf kontraktliche Verhältnisse beziehe und nur dann gelte, wenn es sich um die Haftung des Schuldners in bereits bestehenden Obligationen handelt. In den Quellen findet sich keine Stelle, aus welcher eine generelle Gleichstellung der culpa lata mit dem dolus oder eine solche für die Fälle, in denen es sich um einzugehende Verbindlichkeiten handelt, zu entnehmen wäre. Denn der in l. 226 Dig. de verb. signif. 50, 16 enthaltene Satz magna culpa dolus est ist, wie manche andere Stellen dieses Titels, trotz ihrer scheinbaren Allgemeinheit auf spezielle Verhältnisse zu beschränken. Die übrigen Quellenstellen aber, aus denen eine allgemeine Gleichstellung des dolus und der culpa lata, soweit es sich nicht um die Uebertragung der dem dolosen Verhalten gedrohten Strafen handelt, gefolgert wird, oder aus denen wenigstens abgeleitet wird, daß eine solche Gleichstellung über das Gebiet der bereits bestehenden Obligationen hinaus, auch dann anzunehmen sei, wenn der eine Kontrahent beim Abschluß eines Vertrages einer culpa lata sich schuldig gemacht habe, können, wie mit Recht von den Gegnern dieser Ansicht ausgeführt wird, nicht für geeignet erachtet werden, eine solche Annahme zu begründen. Dieselben beziehen sich zum Theil auf kontraktliche Verhältnisse oder regeln besonders geartete Rechtsverhältnisse, und kann daraus nicht gefolgert werden, daß über diese Fälle hinaus allgemein eine solche Gleichstellung anzunehmen sei, welche, wenn sie bestanden hätte, in den Quellen doch wohl einen bestimmten Ausdruck gefunden haben würde. Aus denselben ergiebt sich aber mit Sicherheit nur, daß culpa lata dem dolus gleichgestellt werde, wenn es um einen Verstoß gegen ein bestehendes Rechtsverhältniß sich handelt, und ist daher, mit der herrschenden Ansicht, diese Gleichstellung für das geltende gemeine Recht auch nur in diesem Umfange anzuerkennen, zumal auch innere Gründe gegen eine allgemeine Gleichstellung sprechen. III. C. S. i. S. Wenzel c. Pock vom 5. Juni 1888, Nr. 81/88 III.

13. Der Lauf der Frist der Verjährung der actio redhibitoria beginnt erst mit dem Zeitpunkte, wo der Käufer den verborgenen Fehler der gekauften Sache entdeckt hat, von der Zeit seines Wissens an, sofern ihm nicht der Vorwurf gemacht werden kann, daß das Nichtentdecken des Fehlers auf einem groben Verschulden beruhe. Aus der Bestimmung in l. 19 § 6 Dig. de aed. ed. (21,1) „sed tempus redhibitionis ex die venditionis currit," kann nicht gefolgert werden, daß stets der Lauf der Verjährungsfrist mit dem Tage des Abschlusses des Kaufvertrages beginne; denn diese Frist ist, wie sich aus dem Eingange der l. 19 cit. „Tempus autem redhibitionis sex menses utiles habet" und anderen Quellenstellen ergiebt, zweifellos ein tempus utile, es kommt also nur die Zeit in Betracht, während welcher der Kläger, wie es in l. 55 Dig. h. t. heißt, „die potestas experiundi" hatte. Diese setzt aber voraus, daß der Kläger wußte, daß ihm ein Klagrecht zustand (l. 6 Dig. de calumn. 3,6), bei der actio redhibitoria also, daß er Kenntniß von dem Fehler der verkauften Sache hatte. Daraus ergiebt sich auch, daß nicht unbedingt der Lauf der Verjährung mit dem Zeitpunkte beginnt, in welchem das Eigenthum der verkauften Sache auf den Käufer übergegangen ist, sondern daß es auf die Lage des einzelnen Falles ankommt, ob anzunehmen ist, daß der Käufer den vorhandenen Fehler, nachdem er in den Besitz der verkauften Sache gelangt war, entdecken mußte, indem, wie sich aus l. 55 cit. ergiebt, das Nichtwissen des vorhandenen Fehlers allerdings dann dem Käufer, welcher innerhalb sechs Monaten vom Abschlusse des Vertrages an die actio redhibitoria nicht angestellt hat, nicht zur Entschuldigung gereichen soll, wenn dieses auf einer groben Nachlässigkeit beruht (non idcirco tamen dissolutam ignorantiam emtoris excusari oportebit.) III. C. S. i. S. Wenzel c. Pock vom 5. Juni 1888, Nr. 81/88 III.

14. Begründet erscheint der Angriff gegen die Annahme des B. G., daß der Fehler des Hausschwamms mit der actio quanti minoris nicht gerügt werden könne, weil der Kl. in § 9 des Vertrages vom 7. Juni 1885 auf alle ihm zustehenden Einreden, namentlich der Verletzung über die Hälfte verzichtet habe. Wenn das B. G. zwar davon ausgeht, daß jeder Verzicht sich nur auf Dinge beziehe, welche der Verzichtende vor Augen habe, aber dennoch annimmt, daß der Kl. auch auf die Geltendmachung des ihm wegen eines der Kaufsache anhaftenden, ihm unbekannten Fehlers zustehenden Rechts auf Preisminderung verzichtet habe, weil er durch die beigefügte Erklärung, daß er eine Verletzung über die Hälfte nicht rügen wolle, genügend zu erkennen gegeben habe, daß er bei Abgabe seines Verzichts den Werth der Kaufsache recht wohl ins Auge gefaßt habe, und daher durch seinen Verzicht auf alle Einreden auch auf solche Einreden verzichtet habe, die zu einer Preisminderung führen,

so verkennt der B. R. die Bedeutung derartiger allgemeiner Verzichte und des Verzichts auf die Einrede wegen Verletzung über die Hälfte und der actio quanti minoris. Es handelt bei der letzteren sich um die Ausgleichung des Nachtheils, welcher dem Käufer durch der Kaufsache anhaftende, dem Käufer unbekannte und nicht offensichtliche Mängel verursacht wird, während die Einrede der Verletzung über die Hälfte auf wesentlich anderer Grundlage beruht, mit der mangelhaften Beschaffenheit der Kaufsache nichts zu thun hat, ihr Zweck vielmehr dahin geht, den aus einem zu theueren oder zu wohlfeilen Kauf, beziehungsweise Verkauf entstehenden Nachtheil, wenn er ein sehr erheblicher ist, zu verhüten. Daraus, daß die Kontrahenten auf die Geltendmachung dieses Rechtsbehelfes verzichten, kann nicht gefolgert werden, daß der Käufer auch auf diejenigen Rechtsbehelfe verzichtet habe, beziehungsweise habe verzichten wollen, welche ihm das Gesetz giebt, wenn der Werth des Kaufobjekts dadurch gemindert wird, daß dasselbe an Mängeln leidet, welche dessen Gebrauch oder Werth wesentlich beeinträchtigen, und nicht so offenkundig sind, daß sie dem Käufer bemerkbar sein mußten, ihm vielmehr unbekannt sind. III. C. S. i. S. Wenzel c. Pook vom 5. Juni 1888, Nr. 81/88 III.

15. Mit der condictio indebiti kann eine irrthümlich gezahlte Schuldsumme zurückgefordert werden, namentlich auch dann, wenn der Irrthum des Zahlenden darin bestand, daß er ihm zustehende selbständige Gegenforderung bei der geleisteten Zahlung nicht abrechnete. Allein hieraus folgt nicht, daß es zur Geltendmachung einer Gegenforderung des Zahlenden, welche bei der Zahlung unberücksichtigt geblieben ist, der condictio indebiti bedürfe. Vielmehr kann die erstere auch nach vollständiger Zahlung der Schuld besonders eingeklagt werden. VI. C. S. i. S. Stockmeyer c. Niemöller vom 25. Juni 1888, Nr. 121/88 VI.

V. Das Preußische Allgemeine Landrecht.

16. Der Bekl. hat unstreitig am 10. April 1887 dem Kl. über seine gesammte Geschäftsführung Rechnung gelegt und der Kl. hat dieselbe nicht nur angenommen, sondern auch zur Grundlage des erhobenen Anspruchs gemacht, indem er einzelne Positionen derselben für unrichtig erklärt. Hierin liegt eine „Abnahme" jener Rechnung von Seiten des Kl., welche keineswegs mit der Anerkennung ihrer Richtigkeit zu identifiziren ist, sondern nur eine bestimmte Erklärung über dieselbe erfordert (§§ 143—145 Thl. I Tit. 14 A. L. R. — wo Abnahme und Berichtigung der Rechnung neben einander gestellt werden —; Koch, Kommentar Nr. 23 zu § 143 cit., Förster-Eccius, Theorie (4. Auflage) II S. 338, Dernburg, Preußisches Privatrecht (3. Ausgabe) II S. 506). Durch die Nichtanerkennung ihrer Richtigkeit erwuchs dem Bekl. nicht das Recht, die thatsächlich erfolgte Rechnungslegung als ungeschehen zu betrachten und ohne Rücksicht auf die erste eine neue Rechnung abweichenden Inhalts zu legen. Vielmehr verblieb dem Kl. die Befugniß, die Positionen der ersten Rechnung als beweisende Erklärungen des Bekl. gegen denselben zu verwerthen, so weit er nicht dieselben als unrichtig bemängeln wollte. Eines förmlichen Rechnungsabnahme-Verfahrens — welches übrigens die C. P. O. nicht kennt — bedurfte es hierzu ebensowenig, als einer bestimmten Erklärung des Kl. über alle anderen — nicht bemängelten — Positionen der Rechnung. Vielmehr blieb dem Bekl., wenn er sich mit dem Stillschweigen des Kl. in dieser Hinsicht nicht begnügen wollte, die Erhebung der Klage (oder Widerklage) auf Anerkennung und Quittirung dieser oder einer etwa berichtigten Rechnung unbenommen. Ingleichen war der Bekl. berechtigt, in dem gegenwärtigen Prozesse durch Richtigstellung oder Ergänzung der von ihm gelegten Rechnung die eingeklagte Forderung zu entkräften. Ebenso zweifellos ist es aber, daß diese Rechtsbehelfe, welche der Bekl. nicht zur Hand genommen hat, nicht durch die Anhängigmachung eines anderen Prozesses auf Anerkennung und Dechargirung einer zweiten Rechnung ersetzt zu werden vermögen, und daß sowohl die Erhebung jener anderen Klage als das Parteivorbringen in jenem Prozesse für die Entscheidung des gegenwärtigen Rechtsstreits an sich ohne Bedeutung sind. — In allen diesen Beziehungen würde auch nichts geändert werden, wenn Bekl., wie er unter dem Widerspruch des Kl. behauptet hat, dem letzteren bei Uebergabe der ersten Rechnung erklärt hätte, dieselbe sei noch nicht vollständig abgeschlossen, da verschiedene, noch nicht erledigte Verbindlichkeiten darin nicht aufgenommen seien. Denn der Bekl. war nicht gehindert, das hieraus zu seinen Gunsten sich Ergebende einwandsweise geltend zu machen, und jener Vorbehalt betraf nicht die Richtigkeit der einzelnen Rechnungsposten, wie sich auch daraus ergiebt, daß Bekl. — nach dem Thatbestande des B. U. — bei Uebersendung der ersten Rechnung deren Anerkennung vom Kl. verlangt haben will. IV. C. S. i. S. Reinicke c. Banselow vom 21. Juni 1888, Nr. 84/88 IV.

17. Die dem Kl. von den Vorinstanzen zugesprochene Forderung setzt sich zusammen aus einem Reste seines rechnungsmäßigen Guthabens mit 53 Mark 86 Pf. und dem Betrage eines nicht anerkannten Ausgabepostens von 2 700 Mark. — Letzterer betrifft eine vom Bekl. im Interesse des Kl. bei der Kreditgesellschaft S. kontrahirte Wechselschuld von 2 700 Mark, für welche sowohl der Bekl. als Aussteller und Girant des Wechsels, wie auch der Kl., Namens und in Vollmacht dessen der Bekl. solchen acceptirt hat, verpflichtet sind. Die Wechselschuld war indeß bei Abschluß der Rechnung und ist auch jetzt noch nicht bezahlt, vielmehr von der genannten Gläubigerin gegen beide Verpflichtete ausgeklagt und, nach Zurücknahme der Klage, durch hypothekarische Eintragung auf das Gut des Kl. sichergestellt. Unter diesen Umständen ist es außer Frage, daß der Betrag derselben nicht schon in Ausgabe gestellt werden durfte und daß sich der Einnahme-Ueberschuß um diese 2 700 Mark zu Gunsten des Kl. erhöht. Der Bekl. hat denn auch hiergegen — abgesehen von dem zu 1 erörterten Rechtsbehelfe — Einwendungen nicht erhoben, sondern nur das Recht der Zurückbehaltung, eventuell der Hinterlegung der eingeklagten Summe bis dahin, daß er von der Verpflichtung für jene im Interesse des Kl. übernommene Wechselschuld befreit sein werde, in Anspruch genommen. Von dem B. R. ist ihm jedoch dieses Recht abgesprochen und in dieser Hinsicht trifft denselben der gegründete Vorwurf der Rechtsnormverletzung. — Daß der Kl. verpflichtet ist, den Bekl. von jener Verbindlichkeit zu befreien, unterliegt nach § 82 Thl. I Tit. 13 und § 109 Thl. I Tit. 14 A. L. R. keinem Zweifel und wird auch vom B. R. anerkannt. Der § 83 Thl. I Tit. 13 A. L. R. unterscheidet nicht, ob der Bevollmächtigte Namens des Machtgebers oder im eigenen Namen für Rechnung des Machtgebers Sachen erworben hat.

Letzterenfalls ist er ohne Zweifel Eigenthümer derselben geworden mit der kontraktlichen Verpflichtung, solche an den Machtgeber herauszugeben (§ 62 Thl. I Tit. 13 A. L. R., Plenarbeschluß des Preuß. Obertribunals vom 2. Oktober 1848 — Entscheidungen desselben Bd. 17 S. 19, — Entscheidungen desselben Bd. 69 S. 226, Bd. 81 S. 117, Striethorst Archiv Bd. 90 S. 157). Er ist mithin nicht Inhaber einer fremden Sache. Gleichwohl giebt ihm § 83 cit. ein Zurückbehaltungsrecht bezüglich derselben, dessen er auch um so mehr bedarf, als gerade der in eigenem Namen handelnde Bevollmächtigte in die Lage kommt, eigene Verbindlichkeiten zu Gunsten des Machtgebers zu übernehmen (§ 154 Thl. 1 Tit. 13 A. L. R.). Bestanden aber solchenfalls die für Rechnung des Machtgebers erworbenen Sachen in Fungibilien, z. B. in Geldstücken, so kann es für das Recht des Bevollmächtigten zur Zurückbehaltung keinen Unterschied machen, ob dieselben noch in Natur und abgesondert aufbewahrt werden, oder mit dem sonstigen Vermögen des Bevollmächtigten unausscheidbar vermischt sind und dadurch ihre Eigenschaft als species verloren haben. Folglich kann dieser Umstand auch dann keine Bedeutung haben, wenn der Bevollmächtigte dergleichen Sachen Namens des Machtgebers vereinnahmt hat; denn es fehlt an jedem Grunde für eine Unterscheidung. — Im vorliegenden Falle handelt es sich nun um einen festgestelltermaßen durch die Ausgaben nicht absorbirten Theil der vom Bekl. kraft Auftrags des Kl. vereinnahmten Gelder, zu dessen Herausgabe jener diesem ohne Rücksicht auf das Eigenthum kontraktlich verpflichtet ist. Derselbe bildet daher nach § 83 cit. einen tauglichen Gegenstand der Zurückbehaltung. — Mit dieser Gesetzesauslegung stehen auch die Vorschriften des — in § 83 angezogenen — Abschnitts 2 des Tit. 20 Thl. I A. L. R. nicht im Widerspruch. Zwar die Definition des § 536 das. gesteht das Zurückbehaltungsrecht nur dem „Inhaber einer fremden Sache" zu. Allein der § 542 das. giebt es auch dem „Inhaber einer Kapitalssumme" unter den Voraussetzungen der §§ 539—541 das. gegenüber „dem Eigenthümer derselben", wenn ihm auch sonst ein Kompensationsrecht bezüglich seiner „Gegenforderung" nicht zustehen würde, und sowohl die Nichtverweisung auf das Erforderniß redlicher Besitzerlangung (§§ 537, 538 das.) als auch der Hinweis auf das, wegen Mangels der weiteren Erfordernisse desselben (etwa der Gleichartigkeit von Forderung und Gegenforderung) nicht zustehende Kompensationsrecht ergeben klar, daß diese Vorschrift nicht von der körperlichen Innehabung fremder Geldstücke, welche auch nicht füglich als Kapitalssumme bezeichnet werden könnten (vergl. §§ 11, 12 Thl. I Tit. 2 A. L. R.), sondern von dem Verhältnisse des Schuldners eines Kapitals zu dem zur Abforderung desselben Berechtigten handelt. Geht man mit der herrschenden Meinung, — wiewohl dieselbe im Hinblick auf § 397 Thl. I Tit. 21 A. L. R. keineswegs zweifellos ist, — davon aus, daß durch § 542 cit. trotz seiner weiten Fassung — in Abweichung vom Gemeinen Rechte — nicht ein Zurückbehaltungsrecht an jeder Geldschuld hat eingeräumt werden sollen, sondern ein gewisses eigenartiges Verhältniß der Parteien bezüglich der geschuldeten „Kapitalssumme" vorausgesetzt wird, so kommt es darauf an, das unterscheidende Merkmal dieses Verhältnisses, welches in den Worten des Gesetzes einen klaren Ausdruck jedenfalls nicht gefunden hat, zu ermitteln.

Dieses hat Förster (Theorie ꝛc. 5. Auflage von Eccius I S. 756) dahin bestimmt, daß die Verpflichtung des Retinenten in einem Zurückgeben bestehen, der Gegner wieder fordern müsse. Dem hat sich der III. Senat des vormaligen Preußischen Obertribunals in dem Urtheile vom 4. Juli 1873 (Entscheidungen des Obertribunals Bd. 70 S. 180 fg.) angeschlossen, indem er (S. 184) bemerkt: „nicht jeder, der eine Geldsumme schuldig ist, kann als Inhaber der schuldigen Geldsumme gedacht werden. Erforderniß des Zurückhaltens ist eine Verpflichtung zum Zurückgeben und daher unter dem Inhaber einer Kapitalsumme im Sinne des § 542 cit. nur der zu verstehen, der eine Geldsumme mit der Verpflichtung empfangen und hinter sich hat, dieselbe dem Gläubiger zurückzuzahlen oder sonst für ihn zu verwenden." Dabei ist indeß ausdrücklich anerkannt (S. 184 das.), daß der Begriff „Kapitalssumme" nicht auf eine „Summe von Geldstücken oder geldwerthen Papieren" (worunter offenbar individualisirte Stücke, species, verstanden werden) zu beschränken sei, und hierdurch die von demselben Senate in dem Urtheil vom 27. Februar 1872 (Striethorst's Archiv Bd. 84 S. 240 fg.) aufgestellte Ansicht, daß § 542 cit. ein Zurückbehaltungsrecht nur dann statuire, wenn die zurückgeforderte Geldsumme „die Natur einer Spezies" habe (S. 243 das.), deutlich zurückgenommen. Von jenem Standpunkte aus hat das Obertribunal die Retention einer Kaufgelder- so wie einer Pachtzins-Schuld in den eben angeführten Urtheilen und — ihm folgend — das R. O. H. G. (Entscheidungen desselben Bd. 21 S. 83 fg.) die Retention einer Kaufgelderschuld für unstatthaft erklärt. Ebenso das R. G., IV. C. S., in dem Urtheile vom 16. Februar 1885 — IV. 287/84 — die Retention geschuldeten Arbeitslohns und R. G., I. C. S., in dem Urtheile vom 29. Dezember 1886 — I. 370/86 — die Retention einer Geldschuld aus einem Kaufvertrage, weil der Bekl. in Beziehung auf solche Schuld nicht als der Inhaber einer dem Kl. gehörigen Kapitalssumme erscheine. Dagegen ist in dem Urtheile des Obertribunals vom 6. Juli 1858 (Striethorst's Archiv Bd. 30 S. 169) dem Bevollmächtigten ein Retentionsrecht an einem von dem Machtgeber für Geschäftsauslagen empfangenen, nicht verbrauchten Vorschusse eingeräumt, weil derselbe im Sinne des § 542 cit. als Inhaber dieses von ihm geschuldeten Kapitals anzusehen und die Aufstellung, daß das Retentionsrecht nur bei der Klage auf eine Spezies Platz greife, ohne Grund sei, und diese Entscheidung ist in dem Urtheile vom 14. Dezember 1872 (Entscheidungen Bd. 70 S. 184) angezogen und, wie man annehmen muß, nicht gemißbilligt. — Das in diesen höchstrichterlichen Urtheilen aufgestellte Unterscheidungsprinzip beruht auf einem als richtig anzuerkennenden Grundgedanken, bedarf jedoch einer anderen Formulirung. Es ist nämlich unrichtig, wenn Förster (a. a. O.) und — ihm folgend — das Obertribunal (Striethorst's Archiv Bd. 84 S. 242) das Zurückfordern überhaupt als charakteristische Voraussetzung des Zurückbehaltungsrechts ansehen. Es kann begrifflich alles zurückbehalten werden, was man an sich herauszugeben (nicht bloß zurückzugeben) verpflichtet ist. Dies beweist unwiderleglich § 83 Thl. I Tit. 13 A. L. R., welcher zweifellos sich nicht allein auf die dem Bevollmächtigten von Seiten des Machtgebers zugekommenen Vermögensstücke bezieht, sondern Alles umfaßt, was der Bevollmächtigte auch von anderen Seiten für den Machtgeber erworben hat. Jenes

Kriterium ist daher sicherlich zu eng; ob auch nach der anderen Seite hin zu weit (indem darnach auch der Schuldner eines *Gelddarlehns* als Inhaber einer Kapitalssumme im Sinne des § 542 cit. anzusehen wäre), kann vorliegend dahin gestellt bleiben. — Man wird vielmehr das in Gemäßheit der herrschenden Meinung nothwendige Unterscheidungsmerkmal darin zu setzen haben, daß der § 542 cit.: „Kapitalssummen" (d. h. Geldsummen) vor Augen hat, welche, wenn sie auch im Rechtssinne einen ununterscheidbaren Bestandtheil des Vermögens des Retinenten bilden, doch *materiell* in Gemäßheit ihres Erwerbsgrundes und der dadurch gegebenen speziellen Bestimmung bereits einem fremden Vermögen (dem des Abfordernden) angehören, welchem sie bestimmungsmäßig zuzuführen sind. Dieser Gedanke hat erkennbar auch schon dem oben angeführten Passus des Obertribunals-Urtheils vom 4. Juli 1873 zu Grunde gelegen; man braucht nur statt des zu engen „zurückzuzahlen" zu setzen „herauszugeben". Denn darauf, ob das mit der dort erwähnten Verpflichtung Empfangene von dem Abfordernden oder einem Dritten dem Inhaber übergeben ist, kann es nicht ankommen. Es muß genügen, daß die Verpflichtung gegenüber dem Abfordernden *besteht*. Man kann hierbei etwa an Geldsummen denken, welche der Nutznießer fremden Vermögens oder der Vorerbe an dem Eigenthümer bezw. Nacherben *in genere* zu restituiren hat (vgl. Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. 7 S. 207). In diesem Sinne aber fallen auch Gelder, welche der Bevollmächtigte *für Rechnung* des Machtgebers vereinnahmt hat, gleichviel ob solche jemals ins Eigenthum des letzteren gelangt oder von Ersterem in eigenem Namen empfangen und zunächst seinem Vermögen einverleibt sind, recht eigentlich unter den § 542 cit., indem sie bestimmungsmäßig durch das Vermögen des Bevollmächtigten nur hindurchgehen, ihm nicht verbleiben sollen. Der nämliche Rechtsgedanke hat in anderer Beziehung in Art. 368 Abs. 2 des H. G. B. Verwerthung gefunden, wonach Forderungen aus Kommissionsgeschäften, obwohl sie an sich (Abs. 1) dem Kommissionär zustehen, doch schon vor ihrer Abtretung im Verhältniß zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär oder dessen Gläubigern als Forderungen des Kommittenten gelten (vgl. von Hahn, Kommentar zu diesem Artikel § 3). — Es kann hiernach aus den §§ 536—542 Thl. I Tit. 20 A. L. R. ein Gegenargument gegen obige Auslegung des § 83 Thl. I Tit. 13 A. L. R. nicht entnommen werden. In der That wäre die Vorschrift des § 542 cit. ganz zwecklos, wenn sie nur ein Zurückbehaltungsrecht an individuell bestimmten Geldstücken statuiren wollte, für welche § 536 daselbst ausreichende Bestimmung trifft, und es wäre solchenfalls völlig unerfindlich, weshalb für jene von dem Erfordernisse *redlicher* Besitzerlangung abgesehen sein sollte. — Aus Vorstehendem widerlegt sich zugleich die anscheinend vom B. R. vertretene Meinung, daß das im § 542 cit. vorgesehene Zurückbehaltungsrecht die Erhebung einer dinglichen (Vindikations-) Klage des Abfordernden voraussetze, welcher Meinung überdies selbst von dem Standpunkte des B. R. aus das durchgreifende Bedenken entgegenstehen würde, daß baares Geld grundsätzlich nur gegen den *unredlichen* Besitzer vindizirt werden kann (§§ 45, 46 Thl. I Tit. 15 A. L. R.), einem solchen aber das im § 536 Thl. I Tit. 20 A. L. R. definirte Zurückbehaltungsrecht an körperlichen Sachen versagt ist (§ 538 daselbst). IV. C. S. i. S. Reinicke c. Banselow vom 21. Juni 1888, Nr. 84/88 IV.

18. Die Frage, ob dem Beamten, welcher auf seinen Wunsch versetzt wird, § 376 I 21 A. L. R. zur Seite steht, ist bereits mehrfach Gegenstand der Erörterung gewesen. Die Gesetzrevisoren haben nach von Rönne, Ergänzungen, zu § 376 a. a. O. sich dahin ausgelassen, daß die Billigkeit für die Bejahung der Frage nach der Anwendbarkeit der Vorschrift zu Gunsten des Miethers spreche. Bornemann (System Bd. 4 S. 323) hat die Frage der Anwendbarkeit ebenfalls bejaht. Er bemerkt, die Versetzung eines Beamten hänge immer von der vorgesetzten Behörde ab und könne daher, selbst wenn sie nachgesucht worden, als eine freie Handlung des Beamten nicht angesehen werden. Wollte man — so fährt er fort — das Gegentheil annehmen, so würde der § 376 nur bei Beamten, welche sich jede Versetzung unbedingt gefallen lassen müssen, zur Anwendung kommen. Der Gesetzgeber habe aber, wie die Materialien ergeben, grade den Fall, wenn ein Beamter wegen seiner Versetzung einen anderen Wohnsitz zu nehmen gezwungen sei, vor Augen gehabt. — Der gleichen Ansicht ist Plathner (Geist des preußischen Rechts Bd. 1 S. 394). Er stellt den Grundsatz auf, daß der Beamte, wenn durch eine über seine Person getroffene Verfügung der Staat ihn hindere, von der gemietheten Wohnung Gebrauch zu machen, vor Ablauf der im Vertrage bestimmten Miethzeit die Wohnung kündigen könne, gleichviel ob die Verfügung des Staates mit Zustimmung des Beamten getroffen sei oder nicht. — Dagegen nimmt Koch (Kommentar zu § 376 a. u. O. und Recht der Forderungen Bd. 3 S. 934) an, bei einer von dem Beamten, der außer dem Falle einer Disziplinarstrafe oder organischer Veränderungen in den Stellen ohne seinen Willen nicht versetzt werden könne, gewünschten Versetzung treffe die Voraussetzung der nicht freiwilligen Veränderung nicht zu. Auch Förster (Theorie und Praxis Bd. 2 § 136 III) hält dafür, daß der Beamte, der seine Versetzung nachsuche, sich auf § 376 nicht berufen könne, da sein freier Wille die Veränderung herbeiführe. Dernburg dagegen (preußisches Recht Bd. 2 § 173 Anmerkung 15) ist der Meinung, daß die Versetzung eines Beamten stets eine unfreiwillige Veränderung sei, auch wenn sie mit seiner Zustimmung oder auf seinen Antrag erfolge. Denn sie geschehe nicht durch seinen Willen, sondern durch den der Behörde. Ob sie mit seinem Willen übereinstimme oder auf sein Ansuchen geschehe, könne nicht in Betracht kommen. Dieser Meinung hat sich Eccius, der in der vierten Auflage des Förster'schen Werkes der in letzterem angenommenen Auffassung nicht entgegengetreten war, in der fünften Auflage (Bd. 2 S. 194) angeschlossen. Gleicher Meinung ist Fischer (preußisches Privatrecht S. 427). Bei Entscheidung der Streitfrage muß in Betracht gezogen werden, daß ein Staatsbeamter mit seiner Anstellung, die einem anderen Staatsbürger regelmäßig zustehende Befugniß freier Wahl seines Wohnsitzes so lange aufgiebt, als er sich im Beamtenverhältnisse befindet. Er darf einen Wohnsitz nicht wählen, von dem aus er seine Amtspflichten zu erfüllen gehindert sein würde. Und wenn sich sein Amt und damit seine Amtspflichten ändern, so darf er einen Wohnsitz nicht behalten, der ihm die Erfüllung der ihm durch sein neues Amt bedingten Amtspflichten unmöglich macht. Das Amt aber wird dem Staatsbeamten vom Staate durch dessen verfassungsmäßig berufenen Organe verliehen. Und durch die Verleihung des Amtes bestimmt sich für den Beamten der Kreis der Amtspflichten und die durch die letzteren bedingte Wahl

des Wohnsitzes. Wie die Amtsstellung des Staatsbeamten als Ausfluß des Willens der verfassungsmäßig für die Anstellung des Beamten berufenen staatlichen Organe anzusehen ist, so muß auch eine Veränderung dieser Amtsstellung durch Berufung des Beamten in ein anderes Amt mit anderen Amtspflichten auf den Willen jener Organe zurückgeführt werden. Dies gilt nicht blos in dem Falle, in welchem der Beamte ohne oder gegen seinen Willen eine Amtsstellung, die eine Veränderung des Wohnsitzes nothwendig macht, angewiesen erhält, sondern auch dann, wenn die Berufung des Beamten in ein anderes Amt oder die Versetzung des Beamten aus einer Amtsstelle in die andere auf den vorher erklärten Wunsch des Beamten geschehen ist und ohne vorgängige Aeußerung des Wunsches nicht erfolgt sein würde. Auch in einem solchen Falle ist die Veränderung der Amtsstellung des Beamten und die dadurch bedingte Nothwendigkeit der Veränderung des Wohnsitzes, mit welcher der Beamte außer Stand gesetzt wird, von der bisher durch ihn benutzten Wohnung ferner Gebrauch zu machen, nicht die Folge einer freiwilligen Veränderung seiner Person oder seiner Umstände im Sinne des § 376 a. a. O., sondern die Folge seiner Amtsstellung und des von dem zuständigen staatlichen Organe gefaßten Entschlusses, den Beamten an einem anderen Orte in einer anderen Amtsstellung thätig werden zu lassen. Und der Umstand, daß dieser Entschluß infolge einer von dem Beamten mittels Aeußerung eines entsprechenden Wunsches ausgegangenen Anregung gefaßt worden ist, verleiht der mit der Amtsstellung des Beamten vorausgegangenen Veränderung, welche den Beamten hindert, von seiner bisherigen Wohnung Gebrauch zu machen, nicht das Gepräge einer freiwilligen, d. h. einer auf dem freien Willen des Beamten beruhenden. Aber auch in den Fällen, in denen die zur Anstellung oder Versetzung der Beamten berufenen staatlichen Organe bei der Versetzung des Beamten, wie dies für die Richter im § 8 des G. V. G. vorgeschrieben ist, an die Zustimmung des Beamten selbst dergestalt gebunden sind, daß eine Versetzung wider den Willen des Beamten — abgesehen von dem Falle einer Veränderung in der Organisation der Gerichte oder ihrer Bezirke — nur kraft richterlicher Entscheidung aus den in den Gesetzen bestimmten Gründen und unter den in den Gesetzen bestimmten Formen stattfinden kann, läßt sich eine Versetzung nicht als freiwillige Veränderung in der Person oder den Umständen des Beamten im Sinne des § 376 Thl. I Tit. 21 des A. L. R. ansehen. Auch in diesen Fällen beruht die in Frage stehende Veränderung auf dem Willen der staatlichen Organe. Und in dem Verhältniß zu dem Willen und der Verfügungsmacht dieser Organe tritt die zur Versetzung erforderliche Zustimmung des Beamten, mag dieselbe vorher in Form eines Wunsches oder nachher in Form der Genehmigung geäußert sein oder auch nur in Unterlassung eines Widerspruchs sich offenbaren, dergestalt zurück, daß die rechtschaffende Wirkung auch in diesen Fällen der machtvollen Willensthätigkeit der staatlichen Organe, nicht aber der Zustimmung des Beamten zuzuschreiben ist. Kann auch der Wille jener Organe nach dem Gesetz nur wirksam werden, wenn der Beamte ihn durch ein Gesuch hervorruft oder ihm nachträglich ausdrücklich oder stillschweigend zustimmt, so wird dadurch die Veränderung in der Person und den Umständen des Beamten doch nicht zu einer auf dem freien Willen des Beamten beruhenden. Sie ist nach dem Wesen der Beamtenstellung und der Natur des Beamtendienstes immer nur eine von den staatlich berufenen Organen im dienstlichen Interesse angeordnete Maßregel. IV. C. S. i. S. Krüger c. Fiskus vom 11. Juni 1888, Nr. 86/88 IV.

19. Das A. L. R. lehnt die thätige Mithilfe des Eigenthümers des dienenden Grundstücks bei Ausübung der Servitut nicht so bestimmt ab, wie das römische Recht, daß nur die eine Ausnahme bei der Servitus oneris ferendi kennt. Der § 30 Thl. I Tit. 22 des A. L. R. sagt nur, die Pflicht des Eigenthümers zu solcher thätigen Hülfe werde nicht vermuthet, und von dieser Regel kennt das Landrecht mehr Ausnahmen, als die vom B. R. angeführte (a. a. O. §§ 56, 230, 232, vergl. auch Eccius, Preußisches Privatrecht 5, Aufl. 3 S. 380 Note 94, Dernburg, § 293 S. 747). Eine eigentliche Ausnahme von jener Regel ist es aber nicht einmal, wenn das Rechtsverhältniß so geordnet ist, daß dem Eigenthümer diejenige Thätigkeit zugewiesen ist, welche in seinem Interesse den Schutz seines Eigenthums gegen mißbräuchliche oder unwirthschaftliche Ausübung der Servitut bezweckt. Eine solche Thätigkeit des Eigenthümers ist, ebenso sehr wie seine Pflicht, zugleich für die Ausübung der Servitut einschränkendes Recht. Es gehört dahin die Anweisung der Beholzigungs- und Streureviere (A. L. R. Thl. I Tit. 22 §§ 237, 238, 242, Verordnung vom 5. März 1843 § 4) und ebenso das Anweisen der einzelnen Stämme, wenn auf deren Entnahme die Servitut geht; nicht minder aber kann dahin das zur Aufrechthaltung einer geordneten Forstwirthschaft dienende Fällen, Zeichnen, Aufsetzen, selbst das Abfahren des Servitutholzes aus der Forst gerechnet werden. Zweifel im Einzelfalle sind nach dem Gesichtspunkt zu entscheiden, ob das Handeln des Belasteten als eine Mitwirkung in diesem Sinne, oder als ein Hauptgegenstand des Rechtes anzusehen ist. Der bei Bezeichnung des streitigen Rechtes gebrauchte Ausdruck „Verabfolgen" berechtigte daher den B. R. nicht, ohne Ermittelung und Beurtheilung der darunter verstandenen Art der Thätigkeit des Belasteten, dem Rechte den Charakter der Servitut abzusprechen, zumal sonstige Merkmale einer Servitut, insbesondere, daß das Recht zur Deckung eines Bedürfnisses der herrschenden Stellen aus Erzeugnissen des dienenden Grundstückes bestimmt ist und daß es gerade auf den diese Erzeugnisse hervorbringenden Gutstheilen haftet, aus dem Eintragungsvermerke hervorgehen. Eine thatsächliche Feststellung, wie der Rkl. meint, und zwar des Inhalts, daß das streitige Recht ein mit der Natur der Servitut unvereinbares Handeln des Verpflichteten zum Gegenstande habe, liegt in der Entscheidung des B. R. nicht vor; dieser Auslegung steht die allgemeine Fassung des Satzes des B. U., daß eine Thätigkeit des Besitzers des dienenden Grundstücks (ohne Unterscheidung der Art der Thätigkeit) von dem Begriffe der Servitut ausgeschlossen sei, direkt entgegen. V. C. S. i. S. Kiehn c. Baerwald vom 9. Juni 1888, Nr. 88/88 V.

20. Unter Bezugnahme auf das im 6. Bde. S. 247 der Entscheidungen des R. G. in Civilsachen abgedruckte Urtheil des I. Hilfssenats des R. G. vom 26. September 1881 wird vom B. G. ausgesprochen, der im Testament nicht auf den Pflichttheil eingesetzte Pflichttheilsberechtigte sei nicht Miterbe, sondern habe ein Forderungsrecht auf eine seinem Pflichttheile entsprechende Summe. Dieses Forderungsrecht sei von der Theilung des Nachlasses und der Subhastation der Nachlaß-

grundstücke unabhängig, berechtige vielmehr die Kl., zum Zwecke der Ausmittelung des Pflichttheils Abschätzung der Grundstücke und demnächst Auszahlung der für sie ermittelten Summe zu fordern. Dieser letzteren, aus der Natur des Pflichttheilrechts als eines Forderungsrechts hergeleiteten Annahme ist beizutreten. Ausführlich begründet. IV. C. S. i. S. Krause c. Krause vom 30. April 1888, Nr. 371/88 IV.

21. Nach den Feststellungen des angefochtenen Urtheils ist der der Kl. erwachsene Schaden durch Beschlüsse verursacht, welche die zur Vertretung der beklagten Stadt im Rechtsverkehr gesetzlich berufenen Organe innerhalb ihres Amtskreises gefaßt und ausgeführt haben. Die von diesen Organen in den Grenzen ihrer Vertretungsbefugniß vorgenommenen Handlungen stellen sich aber vom Standpunkte des bürgerlichen Rechts aus als Willensakte der Bekl. selbst dar. Soweit also der Willensentschluß oder die Willensausführung auf ein Versehen der Vertretungsorgane zurückzuführen ist, haftet dem dadurch Beschädigten die Bekl. ebenso und in demselben Umfange, wie eine Privatperson für ihre eigenen schuldhaften Handlungen oder Unterlassungen. Dies folgt ebensowohl aus den §§ 81, 82, 86 ff. Tit. 6 Thl. II, wie aus dem § 32 Tit. 7 Thl. I A. L. R. und ist von dem R. G. bereits in dem Urtheile vom 10. November 1887, VI 209/87, mit eingehender Motivirung ausgesprochen worden. (Vergl. auch Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. I S. 115—117, Eccius, Theorie und Praxis Bd. I S. 552—553, Bd. IV S. 733). VI. C. S. i. S. Stadtgemeinde Bochum c. Gemeinde Hofstede vom 14. Juni 1888, Nr. 106/88 VI.

22. Der Gedankengang der Revision kann nur dahin verstanden werden, daß nach der geschichtlichen Entwickelung des Volksschulwesens in Deutschland als Regel angenommen werden müsse, daß in älterer Zeit die Kirche (Kirchengemeinde), welche allein durch ihre Diener den Schulunterricht besorgte und das Schulwesen verwaltete, auch die einzige juristische Persönlichkeit gewesen sei, welche als Trägerin der Vermögensrechte der Schule, als Eigenthümerin der, sei es ausschließlich zu Schulzwecken, sei es zu solchen in Verbindung mit kirchlichen Zwecken, bestimmten Vermögensstücke angesehen werden könne, und daß eine erst in neuerer Zeit (vorliegend im Jahre 1829) durch staatliche Anordnung gebildete Schulgemeinde nicht von selbst Eigenthümerin (oder Miteigenthümerin) die bis dahin der Kirchengemeinde gehörigen Vermögensstücke gewesen sei, sondern ihrerseits den besonderen Rechtsvorgang darthun müsse, durch welche ein von ihr beanspruchtes Eigenthum (Miteigenthum) auf sie übergegangen sei. In solchen dem vorliegenden ähnlichen Streitfällen zwischen Kirchen- und Schulgemeinden, in welchen nicht die gesetzliche Vermuthung für die Redlichkeit und Rechtmäßigkeit eines auf Seiten der Schule zweifellos bestehenden vollständigen Besitzes oder die auf Grund solchen Besitzes vollendete Ersitzung ausschlaggebend war, (Erkenntnisse des R. G. IV. S. vom 16. Februar 1885 zur Sache Hödinger c. Hödinger 228/84, V. S. vom 13. November 1886 zur Sache Exter c. Exter 206/86) ist allerdings auch das R. G. von jener Schlußfolgerung ausgegangen, (Erkenntnisse des IV. S. vom 12. Mai 1884 und 15. Oktober 1885 zur Sache Brumberg c. Brumberg 24/84 — 158/85, des V. S. vom 2. Mai 1883 zur Sache Eisleben c. Eisleben — Gruchot Bd. 27 S. 976 — und vom 16. März 1887 zur Sache Wippra c. Wippra 361/86) und über den Besitz der Streitgrundstücke, welcher sich mit der vom B. R. hervorgehobenen Zweckbestimmung der Erträgnisse nicht nothwendig deckt, fehlt es an einer ausdrücklichen Feststellung. Allein jene aus der geschichtlichen Entwickelung herzuleitende Vermuthung zu Gunsten der Kirche oder Kirchengemeinde versagt sofort, wenn im Einzelfalle festgestellt wird, daß seit derjenigen Zeit, seit welcher bekannt ist, daß ein Vermögensstück zu Schulzwecken allein oder zu kirchlichen und Schulzwecken zugleich, genutzt worden ist, neben der Kirche auch eine besondere vermögensrechtliche Persönlichkeit der Schule existirt hat, und damit die Nothwendigkeit, die Kirche als Trägerin des Schulvermögens anzusehen hinwegfällt. Daß, wenn auch dem älteren Gemeinen Rechte die Bildung besonderer, neben der Kirchengemeinde und politischen Gemeinde als Korporationen bestehender S c h u l g e m e i n d e n fremd sein mochte, Schulen als A n s t a l t e n mit juristischer Persönlichkeit, als Piae causae, bestehen konnten, sofern die erforderliche Grundlage eines Stiftungsvermögens existirte, ist nach gemeinrechtlichen Grundsätzen nicht zu bezweifeln; (von Rechtslehrern, welche außer dem vom B. R. citirten Windscheid die Schulen [Unterrichtsanstalten] als Piae causae mit juristischer Persönlichkeit ausdrücklich erwähnen, mögen angeführt werden Savigny, System Bd. 2 S. 294, Sintenis, Civilrecht Bd. I § 15 Note 12 S. 103, Baron, Pandekten § 30 S. 59, Dernburg, Pandekten Bd. 1 § 62 S. 143, Bolze, Juristische Person S. 187). V. C. S. i. S. Kirchengemeinde Holzhausen c. Schulgemeinde Holzhausen vom 13. Juni 1888, Nr. 91/88 V.

VI. Sonstige Preußische Landesgesetze.

Zum Erbschaftssteuergesetz.

23. Nach dem klaren Wortlaute der Lit. A des Tarifs zum Gesetz vom 30. Mai 1873 wird der Anfall mit Einem vom Hundert des Betrages versteuert, wenn er gelangt an Personen, welche dem Hausstande des Erblassers angehört und in demselben in einem Dienstverhältniß gestanden haben, sofern der Anfall in Pensionen, Renten rc. besteht, die ihnen mit Rücksicht auf dem Erblasser geleistete Dienste zugewendet werden. Mit Recht hat das B. G. angenommen, daß eine Gesellschafterin zum Hausstande, d. h. zum Kreise derjenigen Personen gehört, welche die häusliche Gemeinschaft bilden. Da auch weiter festgestellt ist, daß der Grund der Zugehörigkeit des Fräulein H. zum Hausstand der Frau X. auf einem Vertrage beruht, kraft dessen die Erstere bei der Letzteren gegen ein bestimmtes Honorar die Dienstleistungen einer Gesellschafterin übernommen hatte, so ist auch die weitere Voraussetzung für die Anwendbarkeit der unter Lit. A des Tarifs vorhanden, daß die Bedachte in dem Hausstande der Erblasserin in einem Dienstverhältnisse gestanden hat. Bei dem klaren Wortlaut der einschlagenden Bestimmung erscheint es auch unzulässig, auf die Motive des Gesetzes vom 30. Mai 1873 ein entscheidendes Gewicht zu legen. Denn selbst wenn nach diesen angenommen werden müßte, was übrigens keineswegs der Fall ist, daß es die Absicht der Staatsregierung gewesen wäre, an dem früheren Recht materiell nichts zu ändern und auch jetzt nur das gemeine Gesinde und die Hausoffizianten im Sinne des Tit. 5 Thl. II des A. Pr. L. R. in der Weise, wie geschehen, zu bevorzugen, so würde auf diese Absicht nichts ankommen, da sie im Gesetz selbst keinen genügenden Ausdruck gefunden hat. III. C. S. i. S. Fiskus c. v. Scheel-Plessen vom 19. Juni 1888, Nr. 78/88 III.

Zum Enteignungsgesetz.

24. Nach § 8 des Enteignungsgesetzes hat der Eigenthümer Anspruch auf den vollen Werth des abzutretenden Grundstücks; bei Feststellung dieses Werths ist nach § 10 a. a. O., auch auf die bisherige Benutzungsart des Grundstücks Rücksicht zu nehmen, jedoch nur bis zu demjenigen Betrage, welcher erforderlich ist, damit der Eigenthümer ein anderes Grundstück in derselben Weise und mit dem gleichen Ertrage benutzen kann. Die Kosten der Anschaffung und Einrichtung eines Ersatzgrundstücks sind daher nicht als solche zu erstatten, sondern sie bilden nur die (obere) Grenze, bis zu welcher der den gemeinen Werth übersteigende Nutzungswerth des enteigneten Grundstücks vergütet werden soll. Immer bildet nur der Werth des enteigneten Grundstücks den Gegenstand der Entschädigungsforderung, nicht der für die Beschaffung eines Ersatzgrundstücks thatsächlich gemachte Aufwand. Die bezügliche Erwägung des B. R. wird von der Revision mit Unrecht als gegen § 10 des Enteignungsgesetzes verstoßend angegriffen. Insbesondere aber kann der Eigenthümer die für die Anschaffung und Einrichtung eines Ersatzgrundstücks aufgewendeten Kosten im vollen Betrage dann nicht ersetzt verlangen, wenn das neue Grundstück das enteignete im Werthe übertrifft. Er wird sich in solchem Fall die Werthsdifferenz von dem Betrage der zur Erstattung liquidirten Anschaffungskosten kürzen lassen müssen, weil ihm sonst auf Kosten des Unternehmers ein Vortheil zuwachsen würde, auf welchen er keinen Anspruch hat. V. C. S. i. S. Lauuert c. Stadtgemeinde Mühlhausen vom 15. Juni 1888, Nr. 107/88 V.

VII. Das Französische Recht (Badisches Landrecht).

25. Das B. G. hat, abweichend von der Auffassung des I. R., angenommen, daß die Uebertragung des der Kl. zustehenden Antheils an dem in Frage stehenden Wohnhaus nebst Zubehör auf ihre Kinder als eine Schenkung anzusehen und diese Schenkung wegen Mangels der gesetzlich vorgeschriebenen Form nichtig sei. Die in I. J. erfolgte Abweisung der von der Kl. erhobenen Theilungsklage wurde aber aus dem Grunde als gerechtfertigt angesehen, weil diese Klage auch gegen den J. P. P., der bei der gegebenen Sachlage als Miteigenthümer des Hauses anzusehen sei, hätte gerichtet werden müssen. Dieser Annahme liegt eine rechtsirrthümliche Auffassung zu Grund. Daß eine Theilungsklage nach rheinischem Recht gegen alle Miterben oder Miteigenthümer gerichtet werden muß, zwischen denen eine nothwendige Streitgenossenschaft im Sinne des § 59 der C. P. O. besteht, ist zwar nicht zu bezweifeln. Nur wenn dies geschieht, kann mit bindender Wirkung für alle Betheiligte darüber entschieden werden, ob eine Theilung vorzunehmen sei. Ebenso kann nur, wenn alle Betheiligten zu der Theilung herangezogen werden, eine allen Theilhabern gegenüber wirksame Theilung zu Stand kommen. Auf eine andere Theilung braucht sich aber kein Betheiligter einzulassen. Die angefochtene Entscheidung würde sonach als gerechtfertigt erscheinen, wenn J. P. P. wirklich als Miteigenthümer an dem in Frage stehenden Hause anzusehen wäre. Diese Annahme wird aber durch die vom B. G. festgestellten Thatsachen nicht begründet. Der genannte Bruder der verklagten Ehefrau hat den Bekl. seinen Antheil an dem früher gemeinschaftlichen Hause verkauft und ist, wenn dieser Kaufvertrag seine Wirksamkeit behält, an dem auf die Theilung desselben bezüglichen Verfahren nicht betheiligt. Der **erwähnte Kaufvertrag, welcher nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts alle dem Verkäufer an dem Hause zustehenden Antheilsrechte, also auch das auf denselben schon früher übergegangene Viertel zum Gegenstand hat, ist aber nicht dadurch ohne Weiteres „hinfällig" geworden, daß dem Verkäufer mit Rücksicht auf die Nichtigkeit der mehrerwähnten Schenkung ein Miteigenthum an dem Hause nicht zur Hälfte sondern nur zu** einem Viertel zustand. Der Verkäufer selbst bleibt jedenfalls an den Kaufvertrag gebunden, wenn die Verklagten an demselben festhalten wollen. Diese letzteren sind in Folge der eingetretenen theilweisen Entwährung allerdings berechtigt, entweder die Aufhebung des Kaufvertrags oder eine verhältnißmäßige Minderung des Kaufpreises zu verlangen. (Art. 1636 und 1637 des B. G. B.). Aber abgesehen davon, daß dieselben noch gar nicht erklärt haben, ob sie von der einen oder von der anderen Befugniß Gebrauch machen wollen, berechtigt die bloße Möglichkeit, daß der Kaufvertrag durch eine gerichtliche Entscheidung aufgehoben werden könne, nicht dazu den Kauf als nicht vorhanden und den Verkäufer als Miteigenthümer des Hauses anzusehen. Von einer kraft Gesetzes eintretenden Nichtigkeit kann in Ansehung dieses Kaufvertrages nicht die Rede sein. Insbesondere kann dieselbe nicht aus Art. 1599 des B. G. abgeleitet werden, da J. P. P. soweit es sich um das ihm zu einem Viertel zustehende Miteigenthum handelt, nicht eine fremde Sache verkauft hat. Vielmehr steht höchstens den Bekl. das Recht zu, weil der Verkäufer nicht zur Hälfte, sondern zu einem Viertel Miteigenthümer war, die Aufhebung des ganzen Kaufvertrags zu verlangen. So lange diese Aufhebung nicht gerichtlich ausgesprochen worden ist, steht aber nur der Kl. und der Bekl. das gemeinschaftliche Eigenthum an dem Hause zu. Die Klage durfte sonach nicht aus dem Grunde abgewiesen werden, weil der Fall einer nothwendigen Streitgenossenschaft zwischen den Bekl. und dem J. P. P. vorliege. II. C. S. i. S. Platten c. Angsten vom 19. Juni 1888, Nr. 104/88 II.

M.

Für die Redaktion verantw.: S. Haenle. Verlag: W. Moeser Hofbuchhandlung. Druck: W. Moeser Hofbuchdruckerei in Berlin.

№ 37. Berlin, 23. Juli. 1888.

Juristische Wochenschrift.

Herausgegeben von

S. Haenle, Justizrath, Rechtsanwalt in Ansbach. und M. Kempner, Rechtsanwalt beim Landgericht I. in Berlin.

Organ des deutschen Anwalt-Vereins.

Preis für den Jahrgang 20 Mark. — Inserate die Zeile 40 Pfg. — Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt.

Inhalt.

Aufsätze für die Juristische Wochenschrift, welche acht Spalten überschreiten, können nur ausnahmsweise angenommen werden. Aufsätze, welche sich auf Angelegenheiten des Anwaltstandes und die Reichsjustizgesetze beziehen, erhalten den Vorzug.

Die Redaktion.

Hülfskasse für deutsche Rechtsanwälte.

Die vierte ordentliche Generalversammlung wird auf den 23. September 1888 Vormittags 12 Uhr nach Leipzig, Reichsgerichtsgebäude Zimmer 7 berufen.

Die Tagesordnung ist:

1. **der von dem Vorstande zu erstattende Geschäftsbericht für das mit dem 30. Juni 1888 abgelaufene Geschäftsjahr,**
2. **die Justifikation der Jahresrechnung,**
3. **die Wahl von Vorstandsmitgliedern i[illegible] des § 9 der Satzungen,**
4. **die Wahl der Rechnungsrevisoren,**
5. **die Wahl des nächsten Versammlungsortes.**

Leipzig, den 1. Juli 1888.

Dr. **Dorn**, Geheimer Justizrath.
Vorsitzender.

Die Anwaltskammer im Bezirke des Oberlandesgerichts zu Marienwerder hat unserer Kasse neuerdings 3000 Mark überwiesen. Der Kammer und ihrem Vorstande ist für diese abermalige sehr erhebliche Zuwendung der aufrichtigste Dank ausgesprochen.

Vom Reichsgericht.*)

Wir berichten über die in der Zeit vom 9. bis 16. Juli 1888 ausgefertigten Erkenntnisse.

I. Die Reichsjustizgesetze.

Zur Civilprozeßordnung.

1. Das B. G. erkannte die Berechtigung des H. zur Uebernahme des Rechtsstreits als Bekl. für den Fall an, daß die von dem Kl. bestrittene Behauptung des Eigenthumserwerbes von Seiten des H. sich als richtig erweise. Es hatte daher, da von H. über seine Behauptung durch Berufung auf die Grundakten nach § 397 der C. P. O. in zulässiger Weise der Beweis angetreten war, diesen Beweis zu erheben, um die Grundlage für seine Entscheidung, sei es durch Zwischenurtheil oder durch Endurtheil zu gewinnen. Die Anforderung der sofortigen Glaubhaftmachung jener Behauptung erscheint nicht berechtigt, da sie den allgemeinen Bestimmungen der C. P. O. über Beweisantritt und Beweiserhebung nicht entspricht, in der besonderen Bestimmung des § 237 der C. P. O. keinen Halt findet und nicht durch analoge Anwendung der für einen anderen Fall gegebenen Vorschrift des § 68 der C. P. O. begründet werden kann. V. C. S. i. S. Schröter c. Fiskus vom 20. Juni 1888, Nr. 100/88 V.

2. Die Revision weist auf die Streitfrage hin, ob eine Schadensklage, abgesehen von dem Falle des § 276 der C. P. O., von vornherein ohne jede quantitative Substantiirung, also unter Vorbehalt der Liquidation, prozessualisch zulässig sei. Mit Rücksicht auf die kurze Verjährungsfrist für die Klagen auf Grund des Haftpflichtgesetzes muß die Klage schon auf Grund des § 231 der C. P. O. als zulässig angesehen werden, wenn der Kl., weil er noch bei dem Bekl. gegen den früheren Lohn in Arbeit stand, bisher eine Einbuße in seinem Erwerbe noch nicht erlitten und auch in nächster Zeit nicht zu besorgen hatte und daher zu einer näheren Angabe des ihm zu leistenden Schadenersatzes nicht wohl im Stande war. VI. C. S. i. S. v. Dreyse c. Heine vom 21. Juni 1888, Nr. 110/88 VI.

3. Das B. G. hat die ihm durch § 344 der C. P. O. gegebene Befugniß, die Ladung der von dem Bekl. vorgeschlagenen Zeugen und Sachverständigen von der vorherigen Hinter-

*) Nachdruck ohne Angabe der Quelle verboten.

legung eines Vorschusses abhängig zu machen, in Anwendung gebracht, „weil gegen den überzeugenden Beweis der I. J. vom Bekl. ein kostspieliger Gegenbeweis angetreten sei.“ Unzweifelhaft ist dieses Motiv nicht dasjenige, welches nach der Begründung des § 333 des Entwurfs der C. P. O. maßgebend sein soll, und welches sich aus dem im § 344 der C. P. O. angegebenen Zwecke der Maßregel — „zur Deckung der Staatskasse wegen der durch die Vernehmung der Zeugen erwachsenden Auslagen“ — ergiebt. Nachdem in der Begründung (Ausgabe von Hahn S. 310) gesagt ist, daß die dem Zeugen gebührende Entschädigung aus der Staatskasse gewährt wird (vergl. C. P. O. § 366), heißt es weiter: „Zur Sicherung der Staatskasse wegen dieser Auslagen kann das Gericht die Ladung davon abhängig machen, daß der Beweisführer vorab einen Vorschuß zur Deckung der durch die Vernehmung der Zeugen erwachsenden Auslagen hinterlegt. Die Einforderung des Vorschusses ist nicht obligatorisch vorgeschrieben, weil sonst das Verfahren bei zweifellos vermögenden Prozeßparteien ohne Noth Aufenthalt erleiden würde.“ Es soll hiernach lediglich mit Rücksicht auf die Vermögensverhältnisse der Parteien die Entscheidung darüber getroffen werden, ob die Vorschrift des § 344 der C. P. O. zur Anwendung zu bringen ist oder nicht. Die Gesichtspunkte, von welchen das B. G. ausgeht: ob der Gegenbeweis kostspielig ist oder Aussicht auf Erfolg hat, sind nicht ausschlaggebend. Hieraus folgt aber, daß in dem Falle, wo während der zur Hinterlegung gestellten Frist oder während der Zeit, in welcher die Hinterlegung mit Wirkung nachgeholt werden kann, unter Ausscheiden der bisherigen Prozeßpartei, gegen welche der § 344 zur Anwendung gebracht war, eine andere Person als Rechtsnachfolger an deren Stelle tritt, nunmehr der Antrag, über die Verpflichtung zur Hinterlegung anderweit unter Berücksichtigung der Vermögensverhältnisse der neu eingetretenen Partei Beschluß zu fassen, nicht ohne Weiteres unbeachtet bleiben durfte. Denn wenn die eintretende Partei den Rechtsstreit auch in der Lage, in welcher er sich befindet, zu übernehmen hat (C. P. O. § 237) so bezieht sich dies doch nicht auf diejenigen Anordnungen des Gerichts, welche ausschließlich mit Rücksicht auf die persönlichen Verhältnisse der ausscheidenden Partei getroffen sind und gegenüber der eintretenden Partei unberechtigt erscheinen müssen. Es würde dem Gesetze wenig entsprechen, sollte ein gemäß § 344 der C. P. O. gegenüber einer Partei von zweifelhaften Vermögensverhältnissen gefaßter Beschluß aufrecht erhalten werden, wenn an die Stelle dieser Partei z. B. der Fiskus oder eine andere mächtige Korporation oder eine zweifellos vermögende Person tritt. V. C. S. i. S. Schröter c. Fiskus vom 20. Juni 1888, Nr. 100/88 V.

II. Das Wechselrecht.

4. Wie schon in den Entscheidungen des Obertribunals zu Berlin vom 27. Januar 1857 und 12. Juli 1869 — vergl. Siebenhaar, Archiv für deutsches Wechselrecht Bd. VII S. 82 und Borchardt, Kommentar zur deutschen Wechselordnung, 8. Aufl., S. 484 Note 1 — zutreffend hervorgehoben ist, wird der instrumentirende Beamte durch die Aufnahme des Wechselprotestes nicht der Mandatar sämmtlicher Indossanten, sondern nur desjenigen Wechselinhabers, in dessen Namen und Auftrag er den Protest angefertigt hat, und ist er nur diesem für die Ausführung des Mandates verantwortlich. Hatte daher der Bekl. sich in Erledigung des ihm von dem Indossator W. ertheilten Auftrages eine Säumniß zu Schulden kommen lassen, so war auch nur dieser als Mandant berechtigt, den säumigen Mandatar zur Rechenschaft zu ziehen, nicht auch der Kl., dem kein Recht darauf zustand, daß sein Nachmann durch prompte Erledigung des von Letzterem ertheilten Auftrages unverzüglich in den Stand gesetzt werde, seinen Regreß gegen ihn nehmen zu können. III. C. S. i. S. Breslauer c. Burgdorf vom 26. Juni 1888, Nr. 91/88 III.

III. Das Handelsrecht.

5. Wollte man mit der Rkl. das Rechtsverhältniß der Parteien so auffassen, daß die Bekl. den Betrag der Fracht lediglich zur Sicherheit dafür deponirt habe, daß, wenn ein Anspruch an sie begründet sein würde, sie denselben wirklich befriedige, so würde sich fragen, ob die Bekl. durch Präsentation des Connossements zur Abstempelung allein sich verpflichtet habe, die Verpflichtungen des Befrachters zu übernehmen, oder ob sie sich nur die Möglichkeit verschafft habe, das Gut an sich zu nehmen, sodaß sie erst durch diese Annahme nach Art. 615 H. G. B. zur Frachtzahlung verpflichtet würde. Allein diese Auffassung ist eine irrige. Nach dem Connossement war die Fracht gegen Empfang der Auslieferungsorder baar zu zahlen. Daß eine solche Zahlung nicht willkürlich, sondern nur dann zurückgefordert werden kann, wenn die Voraussetzungen, unter denen sie geleistet war, nicht vorhanden sind, ist evident, und die Beweislast trifft den Zahlenden. Allein auch die sogenannte Zahlung ad depositum kann unter den vorliegenden Umständen ebenfalls nur so aufgefaßt werden, daß nur bei Mangel der Erfüllung Seitens des Schiffers die Zurückzahlung gefordert werden kann. (Wen in diesem Fall die Beweislast treffen würde, kann hier dahin gestellt bleiben). Der Zahlende wie der Deponent wird nicht zur Abnahme des Guts verpflichtet, aber sie werden an ihrer Erklärung, daß sie den betreffenden Betrag als Fracht bezahlen, festgehalten. Im Auge zu behalten ist, daß es sich hier lediglich um das Verhältniß zwischen Connossementsinhaber und Schiffer, nicht um das des Connossementsinhabers zum Ablader (der Verkäufer, Kommittent u. s. w. sein kann) handelt. Wie dies letztere Verhältniß auch beschaffen sein mag, der Connossementsinhaber kann wegen eines daraus erhobenen Einwands, z. B. der Mangelhaftigkeit der abgeladenen Waaren, die Fracht nicht zurückfordern. Auch der Umstand ist hier nicht zu berücksichtigen, daß, wie es scheint, Ablader und Empfänger dieselbe Person sind. Es kommt also Alles darauf an, ob der Kl. innerhalb seiner Befugnisse gehandelt hat, und dies war der Fall. Er hat von der durch das Connossement ihm gewährten Befugniß, das nicht rechtzeitig abgenommene Gut zu deponiren, Gebrauch gemacht und sich dadurch von der Haftung für das Gut befreit. Damit war die Fracht verdient. Dafür, daß die Quaischuppen nicht als ein „warehouse provided for that purpose“ anzusehen sei, ist nichts beigebracht. Allerdings dient der Quai zunächst zum Löschen (und Laden), nicht zu einer (längeren) Aufbewahrung des Guts, aber daß die Lagerung zu diesem Zweck, wenn auch nur auf kürzere Zeit zulässig ist, geht aus § 12 Abs. I des Reglements für die Benutzung der Quaianlagen vom 11. Februar 1878 hervor. Der Quai dient dazu, dem Schiff die Möglichkeit, schleunig zu löschen, zu gewähren. Dazu sind die Schuppen eingerichtet, sie

sind „provided for that purpose“. Vergl. R. Wagner, Handbuch des Seerechts § 41. S. auch Entscheidungen des R. O. H. G. Bd. XVIII Nr. 82 S. 297. I. C. S. i. S. Steinhardt & Co. c. Ormston vom 14. April 1888, Nr. 39/88 I.

IV. **Das Gemeine Recht.**

6. Vom B. R. ist erwogen: es bestehe zwar der Rechtssatz, daß in der Regel ein Ersatzanspruch des Geschäftsführers wegfalle, wenn dieser gegen ein Verbot des Geschäftsherrn eine Aufopferung gemacht habe; aus den Gesetzen, in welchen diese Regel ausgesprochen sei, lasse sich jedoch nicht entnehmen, daß dieselbe auch dann gelte, wenn der Geschäftsführer eine Handlung vornehme, welcher sich der Geschäftsherr entziehen wolle, obgleich er dazu rechtlich und sittlich verpflichtet sei und wenn der Geschäftsherr durch die Aufwendung des Geschäftsführers bereichert sei. Das R. G. billigt diese Ausführung. VI. C. S. i. S. Künkele c. Künkele vom 25. Juni 1888, Nr. 120/88 VI.

V. **Das Preußische Allgemeine Landrecht.**

7. Nach dem A. L. R. Thl. I Tit. 4 §§ 84, 85 ist nur diejenige Willenserklärung unverbindlich, welche durch Betrug veranlaßt wird. Die unrichtige Vorstellung muß also bei dem Betrogenen der Grund für den Vertragsschluß gewesen sein. Ob der Irrthum, welchen der Betrüger erregt, wesentliche oder unwesentliche Theile des Vertrages betrifft, ist gleichgültig. (Vergl. Urtheil des R. G. IV. C. S. i. S. Rahlson c. Weile vom 16. Februar 1885, IV 394/84. Juristische Wochenschrift de 1885 S. 132). Das A. L. R. bestimmt im § 77 Thl. I Tit. 4, daß ein Irrthum in ausdrücklich vorausgesetzten Eigenschaften der Person oder Sache die Willenserklärung vereitelt. Der B. R. nimmt an, daß der Werth einer Sache unter Umständen zu den Eigenschaften derselben gehören kann. Dem ist beizustimmen. Das frühere Preußische Obertribunal hat in einem Erkenntniß vom 7. September 1868 (Gruchot, Beiträge Bd. XIII S. 519) die Ansicht, daß unter den Begriff „Eigenschaften“ nur ein der Sache objektiv und unter allen Voraussetzungen anklebendes Merkmal zu verstehen sei, reprobirt, und den von einem Grundstück während eines gewissen Zeitraums aufkommenden Revenüenbetrag um so unbedenklicher für eine Eigenschaft des Grundstücks erklärt, als der Miethsertrag bei Häusern nach der bestehenden Gesetzgebung einen wesentlichen Faktor für die Werthsermittlung abgiebt. Ebenso hat das R. G. IV. C. S. (i. S. Ulrich c. Mertius IV 48/85 Urtheil vom 21. Mai 1885 Juristische Wochenschrift de 1885 S. 246) ausgesprochen, daß unter den Begriff „Eigenschaften“ nicht nur die natürlichen, der Person oder Sache an sich zukommenden Eigenschaften, sondern, nach dem Grund des Gesetzes und dem Sprachgebrauch des Lebens, auch solche thatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse derselben fallen, welche in ihren Beziehungen zu andern Personen oder Sachen wurzeln, und zufolge ihrer Beschaffenheit und vorausgesetzten Dauer nach den Anschauungen des Verkehrs einen Einfluß auf die Werthschätzung der Sache in allen, oder doch in gewissen Rechtsverhältnissen zu üben pflegen. In diesem Sinne wird beim Hausverkauf der Revenüenbetrag ausdrücklich zu den Eigenschaften gerechnet. Dieselbe Ansicht findet sich auch in der Doktrin des Preußischen Rechts vertreten (Förster-Eccius, Theorie, 5. Aufl. Bd. I S. 158 Note 10; Dernburg, Preußisches Privatrecht Bd. I § 108 Note 13; Rehbein, Entscheidungen des Obertribunals Bd. I S. 246 Note). Nach dem A. L. R. Thl. I Tit. 4 § 77 vereitelt jedoch nicht jeder Irrthum über Eigenschaften einer Sache, sondern nur der Irrthum über ausdrücklich vorausgesetzte Eigenschaften die Willenserklärung. Die Worte: „ausdrücklich vorausgesetzt“ lassen erkennen, daß der Gesetzgeber nicht jede unrichtige Voraussetzung über Eigenschaften einer Sache als Bedingung für die Vereitelung einer Willenserklärung wegen Irrthums gedacht, sondern daß er diese Rechtswirkung nur dann hat eintreten lassen wollen, wenn bei den Verhandlungen zum Ausdruck gebracht ist, daß die unrichtige Voraussetzung auf die Willensbestimmung von Einfluß gewesen sei. Es würde die Sicherheit der Verträge und also des ganzen Verkehrs in hohem Maße gefährden, wenn man, wie hier die Kl. versucht hat, das Gesetz dahin verstehen wollte, daß jede Angabe eines Kontrahenten über die Eigenschaft einer Sache als ein für den Vertragsschluß maßgebendes Versprechen einer ausdrücklich vorausgesetzten Eigenschaft anzusehen wäre. Der Grundsatz, daß nur diejenige unrichtige Vorstellung, welche für den Willen des Erklärenden von Einfluß gewesen ist, die Anfechtung wegen Irrthums gestattet, hat bei dem Irrthum in der Person ausdrückliche Sanktion gefunden. § 76 des A. L. R. Thl. I Tit. 4 bestimmt, daß ein Irrthum in der Person das Rechtsgeschäft nur dann ungültig macht, wenn aus den Umständen erhellt, daß ohne diesen Irrthum die Erklärung solchergestalt nicht erfolgt sein würde. In Anwendung dieses Gesetzes hat schon das R. G. I. C. S. erkannt, daß ein Irrthum über die Solvenz des Gegenkontrahenten den Vertrag erst dann aufhebt, wenn die Umstände ergeben, daß ohne diesen Irrthum der Vertrag nicht geschlossen wäre. (Entscheidungen des R. G. Bd. XII S. 104). Derselbe Grundsatz muß auch für den Irrthum in ausdrücklich vorausgesetzten Eigenschaften gelten. Sofern der Irrende nicht ausdrücklich erklärt hat, daß er den Abschluß des Vertrages von einer seitens des andern Kontrahenten zugesagten Eigenschaft abhängig mache, oder sofern nicht die Umstände ergeben, daß die Zusage für seine Willensbestimmung maßgebend gewesen sei, kann er die unrichtige Vorstellung über Eigenschaften der Sache nicht als Grund für die Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts geltend machen. (Vergl. Förster-Eccius, Theorie 2c., 5. Aufl. § 30 Note 10, Bd. I S. 158; Dernburg, Preußisches Privatrecht Bd. I § 108). V. C. S. i. S. Panthen c. Bindemann vom 15. Juni 1888, Nr. 103/88 V.

8. Die Ausführung des B. R. ist rechtsirrthümlich, wenn sie von der Ansicht getragen wird, es entbehre eine Willenserklärung schon deshalb der Ausdrücklichkeit, weil der Gegenstand, worauf sie sich bezieht, nicht namentlich und direkt bezeichnet ist. Es genügt, wenn er auf irgend eine Weise erkennbar gemacht wird, sei es auch nur mittelbar, wenn nur die Absicht der Bezeichnung nicht zu bezweifeln ist. V. C. S. i. S. Schilling c. Röhnisch vom 23. Juni 1888, Nr. 106/88 V.

9. Die Frage, ob und inwieweit für eine Handlung Schadensersatz geleistet werden muß, ist im Allgemeinen nicht nach den Vorschriften des Strafgesetzbuchs, sondern nach den Grundsätzen des Civilrechts zu beurtheilen. Unbedenklich kann danach eine Handlung, welche der Bestrafung nicht unterliegt, trotzdem einen Entschädigungsanspruch begründen, sofern sie sich als unerlaubt und widerrechtlich im Sinne des Tit. 6 Thl. I A. L. R. darstellt. Darin ist nun allerdings dem Oberlandes-

gerichte beizutreten, daß eine durch Nothwehr nach der Begriffsbestimmung des § 53 *Abs.* 2 Strafgesetzbuchs gebotene Handlung ebensowenig die Entschädigungspflicht wie die Bestrafung des Handelnden nach sich zieht. Wo es sich um eine Vertheidigung handelt, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem Anderen abzuwenden, wird regelmäßig auch die Anwendung der §§ 78 Einl. und 36 Tit. 6 Thl. I A. L. R. gerechtfertigt erscheinen und damit die Annahme einer widerrechtlichen Handlung ausgeschlossen sein. In diesem Sinne hat sich auch das vom Vorderrichter angezogene Urtheil des Preußischen Obertribunals ausgesprochen (Striethorst, Archiv Bd. 96 S. 128. Vergl. auch §§ 141, 142 Tit. 7 Thl. I, §§ 517 ff. Tit. 20 Thl. II A. L. R). Wesentlich anders aber liegt die Sache im Falle der Ueberschreitung der Nothwehr, wie ihn der *Abs.* 3 des § 53 Strafgesetzbuchs im Auge hat. Daß dieser Fall der wirklichen Nothwehr auch vom strafrechtlichen Gesichtspunkte aus nicht gleichsteht, ist in der Fassung des § 53 deutlich zum Ausdrucke gelangt. Während nach Abs. 1 desselben bei wirklicher Nothwehr eine strafbare Handlung überhaupt nicht vorhanden ist, wird in Abs. 3 die Ueberschreitung der Nothwehr unter bestimmten Voraussetzungen als „nicht strafbar" bezeichnet und damit nur ein subjektiver Strafausschließungsgrund für eine objektiv rechtswidrige Handlung anerkannt. (Vergl. v. Liszt, Strafrecht S. 130, Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch Anm. 18 zu 53.) Die Annahme des B. G., daß bei dem Vorhandensein dieses Strafausschließungsgrundes auch die Entschädigungspflicht des Handelnden grundsätzlich ausgeschlossen sei, findet weder in den oben citirten noch in sonstigen Bestimmungen des A. L. R. eine Stütze. Insbesondere entbindet der § 36 Tit. 6 Thl. I, auf welchen das Gericht sich beruft, nur denjenigen vom Schadensersatz, welcher sich seines Rechts „innerhalb der gehörigen Schranken" bedient. Im Falle der Ueberschreitung der Nothwehr sind aber gerade die gehörigen Schranken der Selbstvertheidigung verlassen, und daraus zog das landrechtliche Strafrecht die Konsequenz, daß der Ueberschreitende eine verhältnißmäßige Ahndung seines Excesses verwirkt hat. (§ 524 Thl. II Tit. 20.) Von dem Civilrichter ist deshalb lediglich nach den allgemeinen Grundsätzen des 3. und des 6. Titels I. Theils zu prüfen, ob die in Ueberschreitung der Schranken der Nothwehr vorgenommene Handlung einerseits eine freie (§§ 1—3 Tit. 3) war und andererseits bei Anwendung der gebotenen Aufmerksamkeit vermieden werden konnte. (§§ 16 ff. daselbst. Vergl. auch Entwurf des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs §§ 186, 704 ff. und Motive dazu Bd. 1 S. 348, 349, Bd. 2 S. 728, 729.) Allerdings setzt der Begriff der Nothwehr einen „gegenwärtigen" rechtswidrigen Angriff voraus; allein als „gegenwärtig" ist, mindestens bei Beurtheilung der privatrechtlichen Zulässigkeit der Abwehr, ebensowohl ein unmittelbar bevorstehender wie ein bereits begonnener Angriff anzusehen. (Vergl. auch v. Liszt, Strafrecht S. 129.) VI. C. S. i. S. Wrobel c. Janzen vom 27. Juni 1888, Nr. 115/88 VI.

10. Das B. G. geht mit dem I. R. — im Anschluß an die Judikatur des R. G. (Entscheidungen Bd. 8 S. 200, Bd. 12 S. 280, Gruchot's Beiträge Bd. 26 S. 1022) — davon aus, die Eigenschaft eines Kirchhofes als einer dem Verkehr entzogenen Sache stehe nicht entgegen, daß derselbe Gegenstand von Privatrechten sei, soweit dadurch dem Zweck des Kirchhofes nicht widersprochen werde. Es nimmt an, Kl. habe durch die berechtigte Beerdigung seiner Angehörigen den Besitz eines dinglichen Rechts an dem Grabe erworben, vermöge dessen er von dem Eigenthümer des Kirchhofs und von jedem Dritten verlangen könne, daß die Leichen seiner Angehörigen bis zu ihrer gänzlichen Verwesung beziehungsweise bis zu dem Ablaufe der für den O.'schen Kirchhof vorgeschriebenen Periode in dem Grabe verbleiben. In dem ungestörten Besitze dieses Rechts sei derselbe bis dahin gewesen, daß der Bekl. ihn durch den Todtengräber, welcher lediglich das Werkzeug oder der Beauftragte des Bekl. gewesen sei, aus dem Besitz und sich in den Besitz des Grabes gesetzt habe. Deshalb habe Kl. auf den Schutz des § 146 Thl. 1 Tit. 7 A. L. R. Anspruch. Ob der Bekl. gewußt habe, in dem Grabe seien die Leichen von Angehörigen des Kl. beerdigt, sei einflußlos, weil es bei der Besitzstörungsklage auf eine subjektive Schuld des Bekl. nicht ankomme, übrigens habe Bekl. hieraus in der mündlichen Verhandlung einen Einwand nicht entnommen. Von diesen rechtlichen Ausführungen kann nur die letztere Bedenken erregen. Wenn der Bekl., als er der X. die Stelle anwies, wo er seinen Vater begraben zu sehen wünschte, nicht wußte, daß diese Stelle bereits mit den Leichen der Angehörigen des Kl. besetzt war, so kann man von ihm, der ebenso berechtigt war, die Leichen auf dem O.'schen Kirchhof begraben zu lassen, als der Kl., unmöglich sagen, er habe den Kl. *zur Ungebühr* seines Besitzes entsetzt (Thl. I Tit. 7 § 148). Dernburg (Bd. 1 § 158 Nr. 2) bemerkt zwar: „Namentlich wird man auch nicht etwa eine subjektive Schuld des Verklagten zur Voraussetzung des Possessoriums machen dürfen. Dasselbe ist vielmehr der Natur der Sache nach auch gegen denjenigen zulässig, der die Besitzansprüche des Gegners entschuldbarerweise für nicht vorhanden ansah, da es sich nicht um Schadensersatz, sondern um Besitzregulirung handelt." Diese Ansicht ist aber nicht unbestritten. Bei Förster-Eccius (5. Auflage Bd. 3 S. 83) heißt es im Text: „Die Besitzstörung oder Entsetzung muß eine *verschuldete* sein" und dazu ist angemerkt: „Ein schuldhafter Eingriff wird nicht nur bei Kenntniß des fremden Besitzes, sondern auch bei verschuldeter Unkenntniß vorliegen, und dabei ist davon auszugehen, daß der Handelnde sich darum zu kümmern hat, ob seine Handlung nicht in fremden Besitz eingreift." In dem vom B. G. angezogenen Urtheile des dritten Hülfssenats des R. G. vom 21. April 1880 $\frac{218/79}{(\text{Vb } 647)}$ heißt es allerdings: „In subjektiver Hinsicht ist nur erforderlich, daß die Vornahme der in die Besitzsphäre des Kl. eingreifenden Handlung eine von dem Verklagten *gewollte* ist. Findet letzteres statt, so erscheint der etwa vorhandene gute Glaube des Handelnden unerheblich und die Besitzstörungsklage wird durch denselben nicht ausgeschlossen. Demgemäß hat der Vorderrichter durch seine Annahme, daß der Begriff einer Besitzstörung im rechtlichen Sinne die Absicht der Störung — animus turbandi — erfordere, die §§ 146, 150 Thl. I Tit. 7 A. L. R. verletzt." Hiermit hat sich der dritte Hülfssenat aber in Widerspruch gesetzt zu der konstanten Judikatur des Obertribunals, welches stets nicht allein eine objektiv als ein Eingreifen in die Besitzsphäre des Anderen sich darstellende Handlung, sondern eine solche *mit der Absicht*

eigenmächtigen Eingreifens vorgenommene Handlung verlangt hat. (Striethorst Archiv Bd. 6 S. 294, Bd. 40 S. 29, Bd. 51 S. 131 f., Bd. 63 S. 184 f., Bd. 72 S. 323, Bd. 81 S. 253, Bd. 83 S. 177, Bd. 87 S. 323; vgl. auch Rehbein Bd. 1 S. 713). Der V. C. S. des R. G. hat gleichfalls in dem Urtheil vom 8. Dezember 1879 (Gruchot's Beiträge Bd. 24 S. 423) angenommen, daß bei dem Störenden die Absicht, sich mit dem Willen des Besitzers in Widerspruch zu setzen, vorhanden sein muß. Wird aber auch an der letzteren Ansicht festgehalten, so führt das doch nicht zur Aufhebung des B. U. In den Worten des letzteren: „abgesehen davon, daß der Bekl. in der mündlichen Verhandlung hieraus" — daß der Bekl. nicht gewußt habe, die fragliche Stelle sei bereits durch den Kl. besetzt — „einen Einwand nicht entnommen hat" u. s. w. ist ein zweiter Grund zu finden des Inhalts, daß der Bekl. in jedem Falle seiner Beweispflicht nicht genügt, ja nicht einmal versucht habe, seine den Kl. aus den Besitz des Grabes setzende Handlung mit seiner Unkenntniß zu entschuldigen. Hier handelt es sich um die Frage der Beweislast. Liegt eine Handlung vor, die sich äußerlich als Besitzstörung, als eigenmächtiger Eingriff in den Besitz eines Anderen darstellt, so wird die Absicht der Störung vermuthet; „nur wenn der Bekl. einwendet und durch besondere Umstände nachzuweisen sucht, daß die äußerlich als Turbation erscheinende Handlung ihrer Richtung und ihrem Wesen nach keine solche sei, dem Turbanten die Absicht gefehlt habe, den Besitz des Gegners sich anzueignen, einzuschränken oder zu beunruhigen, hat der Richter diese Umstände zu prüfen." (Obertribunat Striethorst Archiv Bd. 81 S. 253, Rehbein Bd. 1 S. 711 f.). Dergleichen Umstände hat der Bekl. nicht angegeben, sich vielmehr den gegentheiligen Behauptungen des Kl. gegenüber lediglich bestreitend verhalten. V. C. S. i. S. Glang c. Urbschas vom 21. Juni 1888, Nr. 208/88 V.

11. Es ist davon auszugehen, daß der Kl., nachdem er durch die Auflassung der Grundstücke das Eigenthum an denselben erworben hatte, nicht blos die Herausgabe derselben von dem Bekl. als Besitzer, sondern auch die von letzterem gezogenen Nutzungen, die omnis causa, zu fordern berechtigt ist, sofern nicht Bekl. als redlicher Besitzer nach dem A. L. R. Thl. I Tit. 7 § 189 das Eigenthum an den Früchten und Nutzungen beanspruchen kann. Dieser Anspruch steht nicht zu, wie das R. G. im Gegensatz zu der Entscheidung des B. R. angenommen hat. Der § 10 des A. L. R. Thl. I Tit. 7 sagt: „die Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit des Besitzes hängt von der Beschaffenheit des Titels ab, auf welchen das Recht, zu besitzen, sich gründet." Unter „Titel" versteht das A. L. R. den gesetzlichen Grund, vermöge dessen eine Handlung oder Begebenheit, wodurch Jemand ein Recht auf eine Sache erlangt, die Kraft hat, daß dadurch das Recht erworben werden kann (Thl. I Tit. 2 §§ 131, 132; Thl. I Tit. 9 § 2). Handelt es sich, wie hier, um den vollständigen Besitz an Grundstücken, so bildet für diesen der gesetzliche Grund, kraft dessen der Bekl. die Grundstücke als sein eigen besitzen kann (Thl. I Tit. 7 § 7), den Titel. Wer es weiß, daß er aus keinem gültigen Titel besitzt, heißt ein unredlicher Besitzer (ibid. § 11). Der Irrthum in Thatsachen schadet der Redlichkeit des Besitzers nur, wenn der Irrende durch grobes oder mäßiges Versehen in denselben gerathen ist (ibid. § 13). Wer aber aus Unwissenheit der Gesetze in der Gültigkeit seines Titels irrt, heißt ein unrechtfertiger Besitzer, und ein solcher wird, wo nicht besondere Ausnahmen gemacht sind, einem unredlichen Besitzer gleich geachtet. § 14 daselbst. Legt man diese Vorschriften bei der Entscheidung zu Grunde, so kann nicht füglich ein Zweifel darüber obwalten, daß der Bekl. während der hier fraglichen Zeit nicht redlicher Besitzer war. Denn nach § 1 des E. E. G. vom 5. Mai 1872 wird im Falle einer freiwilligen Veräußerung das Eigenthum an einem Grundstück nur durch die auf Grund einer Auflassung erfolgte Eintragung des Eigenthumsüberganges im Grundbuch erworben. Der Bekl. mußte deshalb wissen, daß die mündlichen Verträge vom Jahre 1879 trotz der hinzugekommenen Uebergabe keinen gültigen Titel dafür bildeten, daß er die Grundstücke als sein eigen besitzen dürfte. Nimmt man aber auch an, daß der Bekl. sich in einem Irrthum über die Wirkungen von Vertrag und Uebergabe befunden habe, so war sein Irrthum ein Rechtsirrthum, welcher ihn zu einem unrechtfertigen Besitzer machte. Selbst in diesem, für ihn günstigsten Falle haftete er aber für die Herausgabe der von ihm gezogenen Nutzungen. (Thl. I Tit. 7 §§ 14, 223.) An diesem Resultate ändert auch nichts die von dem Bekl. und dem B. R. mehrfach in Bezug genommene Bestimmung des § 163 des A. L. R. Thl. I Tit. 5. Dieselbe steht im Titel: „Von Verträgen". Schon dieser Umstand legt es nahe, daß die Absicht des Gesetzgebers nicht dahin gegangen sein kann, die im Titel: „Von Gewahrsam und Besitz" gegebenen allgemeinen Vorschriften über die Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzes zu ändern, und ihn für einen speziellen Fall des Vertragsrechts nach andern, als den generellen Voraussetzungen für den Besitz im siebenten Titel zu bestimmen. Mit dieser Ansicht steht aber weiter Sinn und Wortlaut des Gesetzes im Einklang. Das A. L. R. geht davon aus, daß mündliche Verträge, wenn das Gesetz die Schriftform verlangt, nicht rechtsverbindlich sind. Für Verträge über das Eigenthum an Grundstücken steht in der Judikatur fest, daß auch trotz ihrer Erfüllung beide Theile nach freier Wahl von denselben zurücktreten können. Geschieht dies, so muß das Gegebene von dem Empfänger zurückgewährt werden. Hierbei stellt jedoch das A. L. R. den vertragstreuen Theil günstiger, als denjenigen, welcher den Vertrag der mündlichen Abrede zuwider nicht gelten lassen will. Hat letzterer behufs Erfüllung des Vertrages eine Sache hingegeben, so muß er sie in demselben Stande zurücknehmen, in welchem sie sich zu der Zeit befindet, wo dem Empfänger der Aufruf bekannt geworden ist. (Thl. I Tit. 5 § 162.) Ferner soll der aufrufende Kontrahent die erhaltenen Abschlagszahlungen vom Tage des Empfanges, der vertragstreue nur vom Tage des angekündigten Rücktritts verzinsen. (ib. § 164.) Zwischen diesen Vorschriften befindet sich der hier fragliche § 163, welcher lautet: Ueberhaupt hat derjenige Kontrahent, welcher den mündlichen Vertrag zu erfüllen bereit war, in Ansehung der an den Andern, welcher zurücktritt, zu leistenden Rückgabe durchgehends die Rechte eines redlichen Besitzers. (Tit. 7 § 188 ff.) Das Gesetz bezieht sich nach den Eingangsworten nur auf den in den vorangehenden §§ 158 ff. geregelten Fall, wenn ein ganz oder theilweise erfüllter formwidriger Vertrag aufgerufen wird, und bestimmt, daß der vertragstreue Kontrahent in Ansehung der an den Andern zu leistenden Rückgabe die Rechte eines redlichen

Besitzers haben soll. Es befindet also über den Umfang der Verpflichtung des einen (vertragstreuen) Kontrahenten, und stellt als Maßstab für dieselbe auf, daß er dieselben Rechte haben soll, welche dem redlichen Besitzer gegenüber der Vindikation des Eigenthümers zustehen. Für die Annahme, daß der bei einem ungültigen Vertrage Beharrende zum Lohn für seine Vertragstreue im Gegensatz zu den Vorschriften §§ 10 ff. des A. L. R. Thl. 1 Tit. 7 redlicher Besitzer werden soll, auch wenn er die Ungültigkeit seines Titels kannte oder kennen mußte, und daß er ferner die einem redlichen Besitzer beigelegten Befugnisse nicht blos dem andern Kontrahenten, sondern auch dem Dritten gegenüber, welcher die Sache kraft seines Eigenthums, nicht wegen Ungültigkeit des Vertrages fordert, in Anspruch nehmen dürfe, bietet § 163 cit. keinen Anhalt. Daß der Kl. beim Erwerb der Grundstücke im Jahre 1882 von den Verträgen aus dem Jahre 1879 Kenntniß hatte, ist für den guten oder schlechten Glauben des Bekl. ohne Bedeutung. Jedenfalls hinderte die Kenntniß den Kl. nicht am Erwerb der Grundstücke. (§ 4 des E. E. G.) Die hiernach gebotene Entscheidung, daß der Bekl. dem Kl. gegenüber die Rechte eines redlichen Besitzers nicht in Anspruch nehmen kann, steht im Einklang mit dem Bd. II S. 308 der Entscheidungen des R. G. in Civilsachen veröffentlichten Urtheil des Zweiten Hülfssenates vom 8. Juli 1880, und der Begründung des im Preußischen Justizministerialblatt de 1887 S. 119 mitgetheilten Urtheils des V. C. S. des R. G. Die Frage, inwiefern nach den Grundbuchgesetzen vom 5. Mai 1872 bei entgeltlicher freiwilliger Veräußerung gegenüber dem Bucheigenthum ein redlicher Besitz durch Vertrag und Uebergabe erworben werden könne, ist auch in der Literatur des Preußischen Rechts vielfach erörtert, und überwiegend in Uebereinstimmung mit der hier getroffenen Entscheidung beantwortet. (Vergl. Koch, Kommentar zum A. L. R. Thl. I Tit. 15 §§ 26, 27 Note 52 8. Ausgabe; Förster-Eccius, Theorie &c., 5. Aufl. Bd. III S. 285, § 180 Note 91; Achilles, Grundbuchgesetze, § 7 des E. E. G. Abs. 2 Note 2; Gruchot (Glossen) Beiträge, Bd. XVII S. 712; Levy in Behrend, Zeitschrift für Deutsche Gesetzgebung Bd. VI S. 598; Dernburg und Hinrichs, Preußisches Hypothekenrecht Bd. 1 S. 247). In neuerer Zeit ist das oben citirte Urtheil des zweiten Hülfssenates von mehreren Seiten angegriffen, jedoch ohne Erfolg. Wenn gegen dasselbe geltend gemacht wird (vergl. Rocholl, Rechtsfälle aus der Praxis des R. G. Bd. I S. 163, 179, 180), derjenige sei für einen redlichen vollständigen Besitzer zu erachten, welcher bei dem Besitzerwerb die gerechtfertigte Ueberzeugung habe, daß der Vertrag die Kraft in sich trage, um die Sache zu der seinigen machen zu können, und es sei der Irrthum, daß der Verkäufer zwar nicht Eigenthümer, aber zufolge erworbener Kontraktsrechte befugt sei, über das Eigenthum Verfügung zu treffen, als entschuldbar anzusehen, so würde diese Ansicht, auch wenn sie richtig wäre, im gegebenen Falle keinen Einfluß auf die Entscheidung haben. Denn die mündlichen Verträge aus dem Jahre 1879 besaßen nicht die rechtliche Kraft, dem Bekl. das Eigenthum an den Grundstücken verschaffen zu können, und eine entgegenstehende Ueberzeugung des Bekl. würde sich auf einen nach § 14 des A. L. R. Thl. I Tit. 7 nicht entschuldbaren Rechtsirrthum stützen. Von besondern Kontraktsrechten zur Disposition über das Eigenthum ist nichts vorgetragen. Es bedarf deshalb keiner näheren Erörterung, ob jene Ansicht mit dem jetzigen Preußischen Grundbuchrecht überhaupt vereinbar ist. — Die Ausführungen einer anderen Kritik (vergl. Bähr, Urtheile des R. G. S. 109) stützen sich theils auf Römisches Recht, und stehen theils mit den §§ 4, 7, 11, 12, 15, des Eigenthumserwerbsgesetzes in Widerspruch. Eine dritte abweichende Ansicht endlich (vergl. Dernburg, Preußisches Privatrecht I § 243 und § 149 Note 15) ist ohne selbständige Begründung geblieben. V. C. S. i. S. Cohn c. Jacobi vom 23. Juni 1888, Nr. 108/88 V.

12. Rechtsirrthümlich würde es sein, wenn der B. R. der Meinung gewesen sein sollte, es sei Sache des Käufers zu beweisen, daß er eine Eigenschaft, nach deren Vorhandensein er gefragt und die als vorhanden bejaht, als wesentlich betrachtet habe. Das Gegentheil darzuthun, gehört vielmehr zur Beweislast des Verkäufers, wenn er sich von der Verpflichtung aus der Zusage befreien will. Der Bekl. hat aber nur bestritten, daß die hier streitige Eigenschaft fehle, nicht, daß sie für den Vertragswillen ohne Bedeutung gewesen sei. V. C. S. i. S. Schilling c. Röhnsch vom 23. Juni 1888, Nr. 106/88 V.

13. Das B. U. hat seinen Ausspruch damit begründet, daß der Anspruch des Kl. zwar aus einer nützlichen Geschäftsführung nicht abzuleiten sei. Dazu wäre erforderlich gewesen, daß die Rechtsvorgängerin des Kl. die fremden Geschäfte wissentlich als solche aber ohne Auftrag mit dem animus obligandi ausgeführt habe. — A. L. R. Thl. I Tit. 13 § 261. — Nach den eigenen Angaben des Kl. sei das nicht der Fall gewesen. Dagegen liege eine nützliche Verwendung vor. — § 268 a. a. O. — Hierzu sei ausreichend die Abwesenheit eines Verpflichtungsgrundes für den Leistenden und der Mangel einer Schenkungsabsicht bei demselben. Beides sei vorliegend nicht vorhanden. Dieser rechtlichen Ausführung ist beizutreten. Zwar hat sich die Rkl. auf A. L. R. Thl. I Tit. 13 § 277 berufen, wonach Alles, was in den vorhergehenden Paragraphen von nützlichen Verwendungen geordnet ist, nur in dem Falle gilt, wenn kein rechtlicher Vertrag unter den Parteien vorhanden ist. Allein dadurch wird nicht ausgeschlossen, daß wenn eine Partei über ihre vertragsmäßigen Pflichten hinaus etwas leistet, was die andere Partei zu leisten gehabt hätte, — soweit also eine Verwendung außerhalb des vertragsmäßigen Verhältnisses stattfindet, jene Bestimmungen auch zur Anwendung kommen. Es trifft hier derselbe Gesichtspunkt zu, welchen das gemeine Recht bei dem Erstattungsanspruch gelten läßt: si negotium quod tuum esse existimares cum esset meum gessisses. L. 49 D. de neg. gest. Vergl. auch die Entscheidungen des Berliner Obertribunals vom 11. Oktober 1858 bei Striethorst Bd. 31 Nr. 8. I. C. S. i. S. Dortmunder Bergbaugesellschaft c. B.-M. Eisenbahn vom 30. Juni 1888, Nr. 165/88 I.

14. Das A. L. R. Thl. I Tit. 20 § 546 bestimmt, daß das Zurückbehaltungsrecht gegen einen Dritten, welcher die Räumung des Besitzes zu verlangen an sich befugt ist, in der Regel nicht ausgeübt werden kann. Der Ausnahmefall (wegen Verwendungen auf die Sache), dessen die §§ 547 ff. ib. gedenken, kommt hier nicht in Betracht. Daß aber ein Singularsuccessor, welcher die Sache gegen Entgelt erworben hat, im Sinne des § 546 cit. zu den Dritten gehört, unterliegt nach der Entstehungsgeschichte des Gesetzes (mitgetheilt in Koch,

Kommentar zum A. L. R. Thl. I Tit. 20 § 546 Note 13) und der Judikatur (Entscheidungen des Obertribunals Bd. 19 S. 488, Striethorst Archiv Bd. 28 S. 36) keinem begründeten Bedenken. (Vergl. Turnau Grdb. O. 4. Aufl. Bd. I S. 701). V. C. S. i. S. Cohn c. Jacobi vom 23. Juni 1888, Nr. 108/88 V.

15. Das B. G. verkennt nicht, daß die Parzelle Nr. 304, für welche jetzt die Wegegerechtigkeit in Anspruch genommen wird, zum bei weitem größten Theile nicht servitutsberechtigt war, daß vielmehr in dieser Parzelle nur ein kleines Theil der Parzelle Nr. 302 enthalten ist, welche mit dem Sch.'schen Hause bis zu dessen Abbruch besetzt war und welcher für die Bedürfnisse dieses Hauses das Wegerecht zuerkannt wird; daß also eine Uebertragung der Servitut von der berechtigten Parzelle Nr. 302 auf die nicht berechtigte Parzelle Nr. 304 vorliegen würde, falls nunmehr die letztere als servitutsberechtigt anerkannt wird. Es glaubt aber dieses Bedenken damit beseitigen zu können, daß es nicht den fundus als solchen, sondern das auf demselben erbaute Haus (praedium urbanum) als das herrschende Grundstück ansieht und deshalb die in Folge des Abbruches des Sch.'schen Hauses und der Errichtung der neuen Scheune auf der Parzelle Nr. 304 und einem kleinen Theil der Parzelle Nr. 302 eingetretene Verschiebung der Gerechtigkeit an dem bisher berechtigten Grundstücke auf ein anderes unberechtigtes für unerheblich hält, wenn nur die neue Scheune gegenüber dem früher Sch.'schen Hause keine ganz neue Anlage im Sinne des § 71 Thl. I Tit. 22 A. L. R. darstellt. Dieser Ausführung, welche in ihren Konsequenzen zu einer Mobilisirung der Grundgerechtigkeit bezüglich des berechtigten Grundstücks führt, muß die Beistimmung versagt werden. Dieselbe widerspricht dem Begriffe der Grundgerechtigkeit, welcher im § 12 Thl. I Tit. 22 A. L. R. dahin gegeben ist: „Kommt dergleichen Befugniß einem Grundstücke gegen ein anderes zu, so wird solches eine Grundgerechtigkeit genannt." Hiernach ist das zu einer Grundgerechtigkeit berechtigte Subjekt stets ein bestimmtes Grundstück, ein fundus. Wenn auch der Umfang der Grundgerechtigkeit nach den Bedürfnissen des auf dem berechtigten Grundstücke errichteten Gebäudes bemessen werden kann, so wird dadurch doch nicht das Gebäude das berechtigte Subjekt. Die Frage, ob die neu erbaute Scheune gegenüber dem früher Sch.'schen Hause eine neue Anlage darstellt, würde nur dann in Betracht zu ziehen sein, wenn die neue Scheune an der Stelle des Sch.'schen Hauses oder doch auf demjenigen Grundstücke, auf welchem das Sch.'sche Haus sich befand, errichtet wäre. Es ergiebt sich dies aus der Bezugnahme auf § 8 im § 71 Thl. I Tit. 22 A. L. R. Wo aber, wie hier, die neue Scheune auf einem anderen, als dem bisher berechtigten Grundstücke errichtet ist, kann die Verneinung jener Frage die Zulässigkeit der Uebertragung der Grundgerechtigkeit von einem berechtigten auf ein unberechtigtes Grundstück nicht begründen. Ob etwa die bisherige Grundgerechtigkeit als fortdauernd anzuerkennen wäre, wenn die neue Scheune lediglich auf dem in der Parzelle Nr. 304 enthaltenen kleinen Theile der Parzelle Nr. 302 errichtet wäre, oder wenn das Einfuhrthor, welches die Verbindung der neuen Scheune mit dem dienenden Grundstück herstellt, auf diesem Theile der Parzelle Nr. 302 sich befände, darf unerörtert bleiben. Nach der Sachlage, wie sie hier gegeben ist, befindet sich die neue Scheune, für welche und von welcher aus die Grundgerechtigkeit ausgeübt werden soll, zum bei weitem größten Theile auf der nicht berechtigten Parzelle Nr. 304 und daselbst ist auch das Thor, welches die Ausübung der Gerechtigkeit ermöglicht, belegen. Wollte man unter diesen Umständen die Parzelle Nr. 304 für berechtigt anerkennen, so würde darin eine unzulässige Uebertragung einer Grundgerechtigkeit auf ein nicht berechtigtes Grundstück liegen. V. C. S. i. S. Kirchengemeinde Greffen c. Becker vom 23. Juni 1888, Nr. 30/88 V.

VI. Sonstige Preußische Landesgesetze.

Zu den Grundbuchgesetzen.

16. Die Vorschrift des § 11 des E. E. G., wonach Beschränkungen des Eigenthumsrechts gegen Dritte, welche dieselben gekannt haben, Rechtswirkung erlangen, bezieht sich, wie das R. G. in dem Urtheil vom 4. Juni 1887 (Entscheidungen Bd. 18 S. 299) näher ausgeführt hat, nur auf Beschränkungen des Eigenthümers auf Grund des Eigenthumsrechts, nicht auf obligatorische Verpflichtungen desselben. Hier wurde das Eigenthum der Frau durch die mit dem Bekl. abgeschlossenen und durch Uebergabe erfüllten mündlichen Verträge in keiner Weise berührt. Die Verkäuferin behielt das Eigenthum an den Grundstücken, und konnte es mit der Eigenthumsklage gegen jeden Besitzer, auch gegen den Bekl., geltend machen. Daß sie, oder ihre Erben, wenn sie vom Bekl. die Grundstücke zurückforderten, das erhaltene Kaufgeld erstatten mußten, und daß der Bekl. hierbei die Rechte eines gutgläubigen Besitzers beanspruchen durfte, ist eine Wirkung des formlosen, theilweise erfüllten Vertrages, gewährt also dem Besitzer nur obligatorische Ansprüche gegen seinen Kontrahenten, beschränkt aber das Eigenthumsrecht des letzteren nicht. V. C. S. i. S. Cohn c. Jacobi vom 23. Juni 1888, Nr. 108/88 V.

VII. Das Französische Recht (Badische Landrecht).

17. Das B. G. hat nicht gefehlt, wenn es die Auslegungsregel des Art. 1162 des c. c. im vorliegenden Fall anwendete. Diese Gesetzesvorschrift findet gerade auch dann Anwendung, wenn es sich um eine Spezialbestimmung eines Vertrags handelt. Im vorliegenden Falle behauptet nun aber die Bekl. zu ihren Gunsten eine die gesetzlichen Bestimmungen der C. P. O. über die Gerichtszuständigkeit aufhebende Vertragsbestimmung, nämlich der Vereinbarung der ausschließlichen Zuständigkeit der St.er Gerichte. II. C. S. i. S. Alsatia c. Weiß vom 3. Juli 1888, Nr. 158/88 II.

18. Das Mandat erlischt nach Art. 2003 des B. G. B. durch Kündigung seitens des Auftraggebers. Die Vorschrift in Art. 1991 Abs. 2 dieses Gesetzbuchs, nach welcher der Mandatar verpflichtet ist, das bei dem Tod des Auftraggebers begonnene Geschäft zu vollenden, sofern mit dem Verzug Gefahr verbunden ist, darf nach der herrschenden Meinung auf andere Fälle der Erlöschung des Mandats insbesondere auf den Fall nicht ausgedehnt werden, in welchem diese Erlöschung durch Kündigung herbeigeführt wurde. Auch ist diese Auffassung zu billigen, da der Grund der erwähnten Vorschrift bei dem Widerruf des Auftrags nicht zutrifft. Hier ist der Auftraggeber sehr wohl in der Lage, für die Beendigung des Geschäfts durch Bestellung eines anderen Bevollmächtigten Sorge zu tragen. Auch wird es meistens dem Willen des Auftraggebers nicht entsprechen, daß der Beauftragte ungeachtet der Kündigung seine Thätigkeit fortsetze. — Durch die Kündigung des Mandats wird der Mandatar nicht ohne Weiteres bezüglich der Herausgabe der Urkunden in Verzug gesetzt. — Damit der Bevollmächtigte, der es unterlassen hat, eine Hypothekareinschreibung zu bewirken oder für deren rechtzeitige Erneuerung zu sorgen, wegen dieses Versehens (nach Art. 1992 des c. c.) zu Schadensersatz verurtheilt werden kann, muß feststehen, daß sein Verschulden eine Beschädigung des Vollmachtgebers zur Folge gehabt hat. Auch ist es Sache des Kl. den Schaden, der ihm erwachsen ist, nachzuweisen. Ein solcher Schaden liegt aber nicht schon dann vor, wenn feststeht, daß die in Frage stehende Hypothek erloschen ist, oder ein

anderer Hypothekargläubiger den Vorrang erlangt hat. Vielmehr kann der Vollmachtgeber nur insofern und nur insoweit Schadensersatz verlangen, als er in Folge des Verschuldens des Bevollmächtigten für seine Forderung nicht befriedigt wird, sondern einen Ausfall erleidet. Diesen Ausfall hat der Kl. nachzuweisen. Vom Bekl. kann nicht der Nachweis gefordert werden, daß ein Ausfall nicht eintreten werde. Es ist deshalb, wenn in einem bestimmten Falle nicht feststeht, ob und welchen Ausfall der Kl. erleiden werde, nicht gerechtfertigt, daß der Bekl. gegen Subrogation in die Rechte des Kl. verurtheilt werde, den Betrag, welchen die Forderung des Kl. überhaupt erreicht, zu bezahlen und nur seinerseits die Beitreibung der Forderung zu übernehmen, welche an sich Sache des Gläubigers ist. Eine derartige Verurtheilung, durch welche dem Bekl. nicht bloß der Ersatz des nachgewiesenen Schadens, sondern die zwangsweise Uebernahme der klägerischen Forderung zugemuthet wird, zu deren Bezahlung ihm vielleicht die Mittel fehlen, während er den erwachsenen Ausfall zu decken vermag, kann auch nicht dadurch gerechtfertigt werden, daß der Kl. durch die Unterlassung der Erneuerung der Hypothekareinschreibung in eine schlechtere Lage versetzt worden sei, denn nicht diese Verschlechterung der Vermögenslage, sondern nur die Thatsache, daß in Folge des Versehens ein Verlust eingetreten ist, kann die Klage auf Schadensersatz rechtfertigen. Die Revision würde sonach, da das B. G. die dargelegten Grundsätze verkannt hat, auch wenn die unter I dargelegten Mängel nicht beständen, als gerechtfertigt erscheinen. II. C. S. i. S. Lorette c. Schuhmacher und Genossen vom 26. Juni 1888, Nr. 112/88 II.

19. Soweit es sich um die Frage handelt, ob der Verklagte in seiner Eigenschaft als Notar, der die Erklärungen der Parteien zu beurkunden hatte, rechtlich verpflichtet gewesen sei, die Richtigkeit der von den Eheleuten B. abgegebenen Erklärungen zu prüfen und sich überhaupt darum zu kümmern, ob durch die von den Schuldnern bestellte Hypothek die Forderung der Gläubiger auch wirklich sichergestellt werde, konnte in den Ausführungen des B. G. ein Rechtsirrthum nicht entdeckt werden. Soweit der Notar nur darum ersucht wird, die zur Sicherheit einer Forderung erfolgende Verpfändung zu beurkunden, also nicht als Beauftragter des Gläubigers für die sichere Anlage der von demselben beabsichtigten Kapitalanlage zu sorgen übernimmt, hat derselbe, wie das B. G. zutreffend ausgeführt hat, nicht die rechtliche Verpflichtung, sich zu vergewissern, ob die bestellte Hypothek wirklich die von dem Schuldner in Aussicht gestellte Sicherheit gewähre. Seine Stellung ist bei der Beurkundung eines Verpfändungsvertrages im Wesentlichen dieselbe wie bei der Beurkundung anderer Verträge, z. B. eines Kaufvertrages. Die auf die Verpfändung bezüglichen Erklärungen des Schuldners hat er an sich weder als richtig zu bestätigen, noch überhaupt auf ihre Richtigkeit zu prüfen, durch den Umstand, daß die Bestellung einer Hypothek durch Notariatsakt beurkundet werden muß, wird an der rechtlichen Stellung des dieselbe beurkundenden Notars nicht geändert. Wie Laurent an der von den Kl. angeführten Stelle (Bd. 30 Nr. 429 a. E. S. 396) ausgeführt hat, liegt zwar der Vorschrift, nach welcher die Hypothekbestellung durch Notariatsakt beurkundet werden muß (Art. 2127 B. G. B.), neben anderen Erwägungen auch diejenige zu Grunde, daß sonst sehr häufig ungültige Hypotheken bestellt werden würden. Auch ist es unzweifelhaft Sache des Notars, dafür zu sorgen, daß die Hypothekbestellung den gesetzlichen Vorschriften entspricht und die Parteien, wenn die von ihnen beabsichtigte Verpfändung einer dieser Vorschriften, z. B. dem Art. 2129 zuwider laufen, und deshalb unwirksam sein würde, darauf aufmerksam zu machen. Aber daraus folgt nicht, daß der Notar, auch soweit es sich nicht um die Gültigkeit der Hypothek, sondern darum handelt, ob die gewährte Sicherheit als ausreichend erscheint, die bestehenden Verhältnisse prüfen und den Gläubiger darauf aufmerksam machen muß, daß er mit Rücksicht auf den Werth der Grundstücke und die Höhe der bereits bestehenden Grundsätze Gefahr laufe, einen Verlust zu erleiden. Insbesondere kann von einer rechtlichen Verpflichtung dieser Art dann nicht die Rede sein, wenn der Gläubiger den Notar bezüglich der erwähnten Verhältnisse gar nicht um Rath gefragt, sondern lediglich ersucht hat, die mit dem Schuldner vereinbarte Hypothekbestellung zu verbriefen. II. C. S. i. S. Hild c. Lippold vom 29. Juni 1888, Nr. 117/88 II. M.

Für die Redaktion verantw.: S. Haenle. Verlag: W. Moeser Hofbuchhandlung. Druck: W. Moeser Hofbuchdruckerei in Berlin.

№ 38 und 39. Berlin, 30. Juli. 1888.

Juristische Wochenschrift.

Herausgegeben von

S. Haenle, Justizrath, Rechtsanwalt in Ansbach. und M. Kempner, Rechtsanwalt beim Landgericht I. in Berlin.

Organ des deutschen Anwalt-Vereins.

Preis für den Jahrgang 20 Mark. — Inserate die Zeile 40 Pfg. — Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt.

Inhalt.

Aufsätze für die Juristische Wochenschrift, welche acht Spalten überschreiten, können nur ausnahmsweise angenommen werden. Aufsätze, welche sich auf Angelegenheiten des Anwaltstandes und die Reichsjustizgesetze beziehen, erhalten den Vorzug.

Die Redaktion.

Vereinsnachrichten.

Der erste Band der Entscheidungen des Ehrengerichtshofes ist vergriffen. Der Vereinsvorstand würde einen Neudruck veranstalten, wenn 400—500 Vereinsmitglieder sich bereit erklärten, den Band zum Preise von 3 Mark abzunehmen. Ich bitte die interessirten Herren Vereinsmitglieder um gefällige Erklärung. Sollte der Neudruck nicht ausführbar sein, so wird der Vereinsvorstand durch Ankauf von einzelnen Exemplaren bei den Erben verstorbener Mitglieder dem Seitens vieler jüngeren Vereinsmitglieder ausgesprochenen Verlangen nach dem Besitze des ersten Bandes zu genügen suchen.

Bekanntmachung über das Ergebniß der Meldungen erfolgt am 1. Oktober 1888.

Leipzig, 23. Juni 1888.

Mecke, Schriftführer.

Steht dem Rechtsanwalt, welcher den uneingeschränkten Auftrag zur Vertretung des Revisions- (Berufungs-) Beklagten erhalten und die Gegenanträge auf Verwerfung der Revision (Berufung) als unbegründet zugestellt hat, die Prozeßgebühr nur zu 5/10 zu, wenn der Revisions- (Berufungs-) Kläger demnächst die Revision zurücknimmt und Gegenstand des Verhandlungstermins lediglich der Antrag bildet, den Revisionskläger des Rechtsmittels für verlustig zu erklären und demselben die Kosten zur Last zu legen?

Beschluß des Vorstandes der Anwaltskammer bei dem Reichsgericht vom 9. Juli 1888.

Der Vorstand hat die gegen ein Mitglied der Kammer eingereichte Beschwerde wegen unrechtmäßigen Ansatzes der vollen Prozeßgebühr bei einem der vorstehenden Frage entsprechenden Thatbestand zurückgewiesen.

Gründe:

In Erwägung

daß der in der Beschwerdeschrift des Kaufmanns A. gestellte Antrag

den Rechtsanwalt X. anzuweisen, den zu viel erhobenen Gebührenbetrag von 49 Mark 40 Pf. an den Beschwerdeführer zurückzuzahlen

die Kompetenz des Vorstandes der Anwaltkammer überschreitet, indem keine der in der Rechtsanwaltordnung enthaltenen Bestimmungen, insbesondere auch der § 49 derselben nicht, den Vorstand zum Erlaß einer solchen Anweisung gegen ein Mitglied der Kammer ermächtigt,

daß, sofern die Beschwerde und deren Antrag als Antrag auf Vermittelung im Sinne der Nr. 3 des citirten § 49 aufgefaßt wird, im vorliegenden Falle für eine Vermittelung der gedachten Art kein Raum gegeben ist, weil die zwischen dem Beschwerdeführer und dem Rechtsanwalt X. obwaltende Differenz lediglich eine Rechtsfrage betrifft, und in deren Verneinung auf der einen, und deren Bejahung auf der anderen Seite besteht, der Rechtsanwalt X. in seiner Entgegnung auf

die Beschwerde keine die streitige Rechtsfrage, nämlich ob seine vom Beschwerdeführer beanstandete Liquidation der vollen Prozeßgebühr in der Prozeßsache B. a. A. durch die Bestimmungen der Gebührenordnung für Rechtsanwälte gerechtfertigt ist, bejahende Ansicht aufrecht erhalten hat, diese Ansicht auch richtig erscheint und demzufolge dem Rechtsanwalt X. eine Ermäßigung seiner wohlbegründeten Forderung nicht angesonnen werden kann,

in Erwägung nämlich,

daß, wie die Akten des Reichsgerichts ergeben, der Rechtsanwalt X. als Prozeßbevollmächtigter des Revisionsbeklagten, jetzigen Beschwerdeführers Namens desselben, nach dem außer der bereits früher in einem Schriftsatze nach Maßgabe des § 515 der Civilprozeßordnung eingelegten Revision noch ein vom 18. September 1887 datirter, am 14. Oktober ej. zu den Gerichtsakten gekommener, die Begründung der Revision enthaltender Schriftsatz vom Gegner ergangen war, durch einen, am 2. November 1887 zu den Gerichtsakten eingegangenen vorbereitenden Schriftsatz vom 1. November 1887 die Revision mit dem Antrage auf Zurückweisung derselben beantwortet hat, demnächst mittelst Schriftsatzes vom 28. Dezember 1887 (eingegangen beim Gericht am 29. ej.) Seitens des Anwalts der Revisionskläger die Zurücknahme der Revision erfolgt, und darauf in dem zur Verhandlung über die Revision anberaumt gewesenen Termine am 31. Dezember 1887 vom Rechtsanwalt X. in Vertretung des Revisionsbeklagten gegen die nicht erschienenen Revisionskläger der Antrag auf Urtheil in Gemäßheit des § 476 Abs. 3 der Civilprozeßordnung gestellt ist, welcher Antrag von denselben auch bereits durch Schriftsatz vom 29. Dezember ej. (eingegangen beim Gericht am 30. ej.) angekündigt worden war,

daß thatsächlich hiernach sowenig der dem Rechtsanwalt X. vom Beschwerdeführer ertheilte Auftrag, als seine zu vergütende Thätigkeit ausschließlich die Zurücknahme der Revision betroffen hat, vielmehr sowohl Auftrag als Thätigkeit des Rechtsanwalts X. den Prozeß im Ganzen zum Gegenstand gehabt haben,

daß demzufolge dem Rechtsanwalt X. die im § 13 Nr. 1 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte bestimmte Gebühr (Prozeßgebühr) in ihrem vollen Betrage nach dem Satze des § 9 in Verbindung mit § 52 ibid. zusteht und die Richtigkeit der Berechnung derselben mit 98 Mark 80 Pf. nicht in Zweifel steht,

daß die Meinung des Beschwerdeführers, es hätten an Prozeßgebühr nur $^8/_{10}$ des Satzes der §§ 9 und 52 liquidirt werden dürfen, der gesetzlichen Begründung entbehrt und im Widerspruche mit den Bestimmungen der Gebührenordnung für Rechtsanwälte steht,

in Erwägung,

daß der Beschwerdeführer außer Acht gelassen hat,

1. daß der § 13 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte die Thätigkeit des Rechtsanwalts im Geschäftsbetriebe einschließlich der Information und die Thätigkeit desselben in der mündlichen Verhandlung eine jede als einen von der anderen verschiedenen und unabhängigen, für sich bestehenden Gegenstand der Vergütung behandelt und demzufolge der Anspruch auf Gebühren für die eine unabhängig von dem für die andere besteht und resp. zu beurtheilen und zu bemessen ist;
2. daß derselbe § 13 sub. Nr. 1 keine Unterscheidung nach dem Maße der wirklich aufgewendeten Thätigkeit des prozeßbevollmächtigten Rechtsanwalts im Geschäftsbetriebe und der Information trifft und sonach der hier bestimmte Gebührensatz überall dann voll zuzubilligen ist, wenn keiner der in der Gebührenordnung ausdrücklich bezeichneten Ausnahmefälle vorliegt und als solche Ausnahmefälle, in welchen ein geringerer Satz an Prozeßgebühr als der im § 9 (in Verbindung mit § 52) bestimmte angeordnet ist, nur die in den §§ 14, 19, 21, 22, 23, 24, 41, 43, 44, 45, 51 erwähnten erscheinen, von welchen keiner hier zutrifft,
3. daß insbesondere im § 20 cit. der dort angeordnete geringere Gebührensatz von $^5/_{10}$ ausdrücklich an die Voraussetzung geknüpft ist, daß die zu vergütende Thätigkeit des Rechtsanwaltes **ausschließlich** einen der im § 26 des Gerichtskostengesetzes aufgeführten Gegenstände betroffen, sich also nicht, wie im vorliegenden Falle, darüber hinaus auf einen andern Gegenstand resp. den Prozeß im Ganzen ausgedehnt habe, wie denn dieser Paragraph auch nicht unterstellt, daß der betreffende Anwalt den Auftrag zur Vertretung für den ganzen Prozeß habe,

in Erwägung,

daß die für die entgegengesetzte Meinung in den Beschlüssen des Königlichen Landgerichts zu N. vom 29. März 1888 und des Königlichen Oberlandesgerichts zu N. vom 11. Mai 1888 aufgestellten Gründe nicht richtig und nicht haltbar sind,

daß nämlich, was den ersteren Beschluß anbetrifft, es für die Gebührenforderung des Rechtsanwaltes Inhalts des § 20 cit. gar nicht darauf ankommt, ob und welchen Inhalts eine Entscheidung des Gerichts ergangen ist, indem selbst auch die Bestimmung des Schlußsatzes des § 26 des Gerichtskostengesetzes für die Gebührenforderung der Rechtsanwälte keine Bedeutung hat, was aber den Beschluß des Oberlandesgerichts anlangt, daraus, daß in der mündlichen Verhandlung die Thätigkeit des Rechtsanwalts X. sich auf die Zurücknahme der Revision beschränkt hat (richtiger: ausschließlich den Gegenstand der Zurücknahme der Revision betroffen hat), keineswegs zu folgern ist, daß auch „bei Vergütung" seiner außerdem in dem Prozesse als Prozeßbevollmächtigter faktisch ausgeübten Thätigkeit nur „der eingeschränktere Gegenstand zu Grunde zu legen sei", indem nicht erwiesen ist, daß diese Thätigkeit, resp. daß die Thätigkeit im Geschäftsbetriebe sich ausschließlich auf diesen eingeschränkteren Gegenstand erstreckt habe,

daß die Bezugnahme auf die Entscheidung des Reichsgerichts vom 20. Oktober 1886 eine verfehlte ist, weil das Sachverhältniß, welches dieser zu Grunde lag, ein von dem gegenwärtigen insofern verschiedenes war, als damals allerdings die Thätigkeit des Rechtsanwalts äußerlich dem Gerichte gegenüber nur in der Erhebung einer unter § 26 des Gerichtskostengesetzes fallenden prozeßhindernden Einrede zu Tage trat, dann aber auch um deßhalb, weil diese Entscheidung des Reichsgerichts selbst insofern nicht begründet erscheint,

als nicht dargethan ist, inwiefern es im Sinne der Gebührenordnung liegen soll, daß auch bei der Vergütung der Thätigkeit für den Geschäftsbetrieb nur der eingeschränktere Gegenstand zu Grunde zu legen sei, da doch, wie oben erwähnt, die Thätigkeit des Anwalts in der mündlichen Verhandlung einen von der Thätigkeit des Geschäftsbetriebes ganz verschiedenen Gegenstand einer selbstständig für sich bestehenden Gebührenforderung darstellt und sonach der Schluß von dem Einen auf das Andere schon an sich unzulässig erscheint, am allerwenigsten aber es durch die Gebührenordnung ausgeschlossen angesehen werden kann, im einzelnen Falle zu ermitteln und zu erörtern, ob sich die Informationseinziehung über den Gegenstand, welcher allein in der mündlichen Verhandlung zur Sprache gekommen ist, hinauserstreckt habe oder nicht, jedenfalls jener Schluß dann nicht gerechtfertigt ist, wenn, wie im vorliegenden Falle, thatsächlich feststeht, daß die Thätigkeit des Rechtsanwalts als Prozeßbevollmächtigten sich über den Gegenstand der mündlichen Verhandlung hinaus erstreckt hat und die in den Gründen des Reichsgerichtsbeschlusses vom 20. Oktober 1886 enthaltene Exemplifikation mit § 19 der Gebührenordnung und § 550 der Civilprozeßordnung um deßhalb nicht zutrifft, weil — was speziell für den Fall des Urkunden- resp. Wechselprozesses durch § 28 der Gebührenordnung noch bestätigt wird — selbstredend der § 13 der Gebührenordnung sub 1 nur diejenige Thätigkeit zur Voraussetzung und zum Gegenstande hat, welche durch die Natur und das Bedürfniß des zur Führung aufgetragenen und wirklich verhandelten Prozesses geboten ist, nicht aber eine solche, welche darüber hinausgeht, während andererseits der § 16 der Gebührenordnung, welcher, wenn es in dem Prozesse nicht zur kontradiktorischen sondern nur zu einer nicht kontradiktorischen Verhandlung gekommen ist, zwar nur $^{5}/_{10}$ der Verhandlungsgebühr dem Rechtsanwalte zubilligt, aber keineswegs eine Verminderung der Prozeßgebühr anordnet, einen deutlichen Beweis der vollständigen Unabhängigkeit der Prozeßgebühr von dem Gegenstande der mündlichen Verhandlung liefert und ergiebt, daß die Höhe der Prozeßgebühr keineswegs von der vollständigen Entwickelung des Prozesses durch kontradiktorische mündliche Verhandlung abhängig ist,

daß das Reichsgericht selber in seinem Beschlusse vom 4. Mai 1888 (Juristische Wochenschrift 1888 pag. 245 Nr. 10) für einen dem vorliegenden analogen Fall die Rechtmäßigkeit der Forderung der vollen Prozeßgebühr anerkannt hat,

in Erwägung ferner,

daß in dem Verhältniß des Rechtsanwaltes als Prozeßbevollmächtigten zu seinem Mandanten es unerheblich ist, ob und wie weit der Gegner zur Erstattung der liquidirten Gebühren verpflichtet ist oder nicht und

daß für die Rechtmäßigkeit der streitigen Forderung des Rechtsanwalts X. auch darauf hinzuweisen ist, daß der § 14 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte die Minderung der Prozeßgebühr auf $^{5}/_{10}$ selbst für den Fall, daß der Auftrag vor der mündlichen Verhandlung erledigt ist, nur alsdann vorschreibt, wenn der beauftragte Rechtsanwalt noch keinen Schriftsatz hat zustellen lassen, während im vorliegenden Prozesse die Zustellung eines den Klageanspruch materiell betreffenden Schriftsatzes stattgefunden hat,

daß in den §§ 43 und 45 ibid. dem lediglich mit einzelnen Handlungen in einem Prozesse beauftragten Rechtsanwalte die Prozeßgebühr zu $^{5}/_{10}$ selbst in dem Falle zugebilligt wird, wenn der Auftrag sich vor der vorzunehmenden Prozeßhandlung erledigt hat, es also zu der aufgetragenen Thätigkeit nicht gekommen ist, solchen Fällen aber der vorliegende keineswegs gleichgestellt werden kann, und daß der § 42 für den zum Prozeßbevollmächtigten bestellten Rechtsanwalt keine Verkürzung der vollen Prozeßgebühr selbst in dem Falle vorschreibt, daß derselbe auf Verlangen der Partei die Vertretung in der mündlichen Verhandlung einem andern Rechtsanwalt übertragen hat,

in Erwägung endlich,

daß bei der anzuerkennenden Rechtmäßigkeit der in Frage stehenden Liquidation des Rechtsanwalts X. die erhobene Beschwerde grundlos ist.

Vom Reichsgericht.*)

Wir berichten über die in der Zeit vom 17. bis 22. Juli 1888 ausgefertigten Erkenntnisse.

I. Die Reichsjustizgesetze.

Zur Civilprozeßordnung.

1. In dieser Sache handelt es sich lediglich um Entscheidung der Streitfrage, ob bezüglich der auf § 23 der K. K. O. gestützten Anfechtungsklagen der Gerichtsstand des § 32 der C. P. O. begründet sei. Von den vereinigten C. S. wurde die Frage, ob bei der auf § 23 Z. 2 der K. K. O. gestützten Anfechtung eine unerlaubte Handlung im Sinne des erwähnten § 32 in Frage stehe, durch Beschluß vom 28. Juni d. J. verneint. Dieser Auffassung ist aus den für diesen Beschluß maßgebenden Gründen beizutreten. Daraus ergiebt sich aber von selbst, daß die Klage auch insoweit nicht im Gerichtsstande der unerlaubten Handlung erhoben werden durfte, als dieselbe auf § 23 Z. 1 der K. K. O. gestützt wird. In Ansehung der unter diese Vorschrift gehörigen Fälle kann die Auffassung, daß die von dem Anfechtungsgegner vorgenommene Handlung als eine unerlaubte anzusehen sei, nur daraus abgeleitet werden, daß die Kenntniß der Zahlungseinstellung oder des Eröffnungsantrags zum Thatbestande der Anfechtung gehöre und daß die ungeachtet dieser Kenntniß vorgenommenen anfechtbaren Rechtshandlungen im Sinne der K. K. O. als unerlaubte Handlungen anzusehen seien. Diese Auffassung ist aber nach der hier zu Grunde gelegten Entscheidung der vereinigten C. S. nicht zu billigen. Im Uebrigen können, soweit es sich um § 23 Z. 2 der K. K. O. handelt, für die Anwendbarkeit des § 32 der C. P. O. noch weitere Gründe geltend gemacht werden, insbesondere kommt der Umstand in Betracht, daß der Anfechtungsgegner nachweisen muß, es sei ihm eine Absicht des Gemeinschuldners, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, nicht bekannt gewesen. Dieser letztere Grund trifft aber im Falle des § 23 Z. 1 nicht zu. Es kann hiernach, wenn man von der Auffassung ausgeht, daß es sich bei der

*) Nachdruck ohne Angabe der Quelle verboten.

Anfechtung auf Grund des § 23 Z. 1 *nicht* um den Thatbestand eines Delikts oder Quasidelikts handle, nicht zweifelhaft sein, daß dasselbe zu gelten hat, soweit die Klage auf § 23 Z. 1 gestützt wird. II. C. S. i. S. Bauer-Grötz c. Dörrzapf Konk. vom 13. Juli 1888, Nr. 18/88 II.

2. Wieweit man auch die Pflicht des Gerichts in Rücksicht auf § 130 der C. P. O. erstrecken mag, auf Erläuterung und Ergänzung unklarer und ungenügender Anträge hinzuwirken, jedenfalls kann sie nicht soweit gehen, daß durch Rechtsbelehrungen und Hinweise auf richtige Auffassung des Sachverhältnisses und seiner Wirkungen im Anwaltsprozesse die Partei zu veranlassen wäre, in völliger Veränderung ihres Standpunktes gänzlich andere Klageanträge zu stellen. I. C. S. i. S. Hoffmann c. Hoffmann vom 23. Juni 1888, Nr. 153/88 I.

3. Die Verletzung des § 130, sowie des § 284 Nr. 3 der C. P. O. führt zur Aufhebung des angefochtenen Urtheils und zur Zurückverweisung der Sache an das B. G. Denn wie in dem von der Rkl. angezogenen Urtheil des R. G. (Entscheidungen Bd. 2 S. 423) dargelegt ist, liegt eine Verletzung der letzteren Gesetzesstelle darin, daß der Richter in seinen Gründen Thatumstände in Betracht zieht, von denen er nicht feststellt, was hierüber von ihm verhandelt worden ist. IV. C. S. i. S. Jacke c. Jacke vom 5. Juli 1888, Nr. 128/88 IV.

4. Der B. R. hat die Annahme eines bindenden Anerkenntnisses durch Berufung auf § 278 der C. P. O. gerechtfertigt. Ein Fall des § 278 liegt aber zunächst garnicht vor. Der Paragraph bestimmt: Erkennt eine Partei den gegen sie *geltend gemachten Anspruch bei der mündlichen Verhandlung* ganz oder zum Theil an, so ist sie auf *Antrag* dem Anerkenntnisse *gemäß zu verurtheilen*. Es ist also dabei vorausgesetzt: a) daß ein gegen die Partei geltend gemachter Anspruch anerkannt wird, daß also die fragliche Erklärung von Seiten des Bekl. der Klage, oder von Seiten des Kl. der etwaigen Widerklage gegenüber abgegeben ist. Im vorliegenden Fall steht die fragliche Erklärung in durchaus keiner Beziehung zur *Klage*. Sie erkennt keinen Theil des mit der Klage erhobenen Anspruchs *auf Erhöhung der im Enteignungsverfahren festgesetzten Entschädigung* an, sondern bezieht sich lediglich auf den von dem Erklärenden selbst mit der Widerklage erhobenen Anspruch. Der gedachte § 278 setzt ferner voraus b) daß das Anerkenntniß *bei der mündlichen Verhandlung*, nämlich bei derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche die Entscheidung erfolgt, abgegeben wird. Es kann daher zunächst die Erklärung in dem betreffenden Schriftsatz (Klageschrift) im Sinne des § 278 nicht in Betracht kommen. In der mündlichen Verhandlung, auf welche die Entscheidung ergangen ist, hat aber die Bekl. eine entsprechende Erklärung nicht abgegeben, sondern wie in dem Thatbestande des ersten Urtheils historisch erwähnt und dadurch als Thatsache festgestellt ist, in der ersten mündlichen Verhandlung, auf welche Beweisaufnahme über Klage und Widerklage beschlossen wurde. In das Audienzprotokoll ist die fragliche Erklärung nicht aufgenommen worden und zwar mit Recht, weil eben darin ein Anerkenntniß oder eine Verzichtleistung, durch welchen der mit der Klage oder Widerklage erhobene Anspruch *sich erledigt*, nicht enthalten war (§ 146, der C. P. O.). c) Nach § 278 soll ferner der Anerkennende dem Anerkenntniß gemäß und zwar auf *Antrag* der Gegenpartei *verurtheilt* werden. Hier ist von einer *Verurtheitung* der Bekl. nach Maßgabe ihres Anerkenntnisses nicht die Rede. Die *Klage* ist ja abgewiesen worden, und ebensowenig liegt ein *Antrag* des Kl. vor, die Bekl. ihrem *Anerkenntniß* gemäß zu verurtheilen. Die Verurtheilung der Bekl., welche Kl. beantragt, wurde von dem vermeintlichen Anerkenntniß der Bekl. in keiner Weise berührt. Wesentlich die gleichen Gründe stehen aber auch der Anwendung des dem § 278 der C. P. O. entsprechenden § 277 entgegen. Bezieht sich auch die fragliche Erklärung auf den mit der Widerklage erhobenen Anspruch, so wurde von derselben doch kein Theil des Anspruchs, sowie er zur Zeit erhoben war, betroffen. Es konnte auf Grund der gedachten Erklärung eine *Abweisung* im Sinne des § 277 nicht ausgesprochen werden, weil ja zur Zeit, als die Erklärung erfolgte, ein weitergehender Anspruch mit der Widerklage noch gar nicht erhoben war. Kann hiernach von einem prozessualischen Anerkenntniß oder Verzicht im Sinne der §§ 277 und 278 der C. P. O. nicht die Rede sein, so bleibt zu prüfen, ob, abgesehen von diesen Vorschriften, die Bekl. ein bindendes Anerkenntniß der Entschädigungsforderung des Kl. in bestimmter Höhe oder richtiger eine bindende *Verzichtleistung* auf Anfechtung des Entschädigungsfestsetzungsbeschlusses bis zu dieser Höhe abgegeben hat, wie dies der I. R. angenommen hat. Aber zur Begründung dieser Annahme gehörte die Feststellung, daß die Bekl. jene Erklärung in der Absicht, sich dem Kl. gegenüber zu verpflichten, abgegeben und andererseits, daß diese verpflichtende Erklärung von dem Kl. acceptirt worden ist. Eine Feststellung des Verpflichtungswillens fehlt gänzlich, die Annahme der Erklärung findet der I. R. in den vom Kl. darauf abgegebenen — „oben" (das heißt in seinem Thatbestand) mitgetheilten — Erklärungen, ohne speziell anzugeben, welche Erklärung er damit meint. Aus dem Thatbestand ist eine auf die fragliche Erklärung zu beziehende Antwort des Kl. nicht ersichtlich. V. C. S. i. S. Klingenberg c. Stadt Berlin vom 2. Juli 1888, Nr. 81/88 V.

5. Allerdings wird in der Litteratur die Ansicht vertreten, daß auch eine nicht zur Erstattung eines Gutachtens verpflichtete Person in die in dem § 374 der C. P. O. angedrohte Strafe verurtheilt werden könne, wenn sie als Sachverständiger geladen sei und in dem Termin ausbleibe, ohne vorher zu erklären, daß sie die Abgabe eines Gutachtens verweigert. (vergl. Wilmowski und Levy, C. P. O., Anm. 1 zu § 374; Seuffert, C. P. O. 3. Aufl., Anm. 11 zu § 374; Gaupp, C. P. O. Anm. 3 zu § 374). Allein diese Ansicht steht mit dem Wortlaut des § 374 cit. im Widerspruch. Darnach kann nur im Falle des Nichterscheinens oder der Weigerung *eines zur Erstattung der Gutachten verpflichteten* Sachverständigen die dort angedrohte Strafe verhängt werden. Wenn also Jemand, der nicht zur Erstattung des von ihm verlangten Gutachtens verpflichtet ist, als Sachverständiger geladen wird, und im Termin ausbleibt, ohne vorher anzuzeigen, daß er die Abgabe des Gutachtens verweigere, so verwirkt er die Strafe nicht. Gründe, welche eine andere, als diese sich aus dem Wortlaut ergebende Auslegung rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich. Allerdings bestimmt der § 367 der C. P. O., daß auf den Beweis durch Sachverständige die Vorschriften über den Beweis durch Zeugen entsprechende Anwendung finden, soweit nicht in den nachfolgenden

Paragraphen abweichende Bestimmungen enthalten sind. Allein die Strafe für das Ausbleiben eines Sachverständigen in dem Termin ist eben in dem § 374 der C. P. O. besonders geregelt. Die Vorschrift des § 351 der C. P. O. in Betreff des Zeugen, welcher sein Zeugniß verweigert, kann auf den Sachverständigen, welcher die Abgabe eines Gutachtens verweigert, nicht wohl angewandt werden, da die Verweigerung des Zeugnisses der allgemeinen Verpflichtung zur Ablegung eines Zeugnisses als Ausnahme gegenübersteht, während der zum Sachverständigen Ernannte nur auf Grund besonderer Umstände verpflichtet ist, der Ernennung Folge zu leisten. VI. C. S. i. S. Asch c. Kaminski vom 12. Juli 1888, B Nr. 86/88 VI.

6. Der B. R. erklärt die unter den Eid gestellte Behauptung für unsubstantiirt und meint, es hätte wenigstens die Person, durch welche Kl. die Nachricht erhalten haben soll, benannt oder die Art der Kenntnißgebung mitgetheilt werden müssen, um die Tragweite zu übersehen. Hiermit stellt der B. R. allerdings ein Erforderniß der Eideszuschiebung auf, welches die C. P. O. nicht kennt. Dies ist in dem in den Entscheidungen in Civilsachen Bd. 3 S. 432 mitgetheilten Urtheil näher dargelegt. Indessen ist in demselben Urtheil zugleich als selbstverständlich bezeichnet, daß die Thatsache, deren Wissenschaft durch Eid konstatirt werden will, hinreichend bestimmt bezeichnet werden muß. Ebenso ist in dem von der Revision herangezogenen Urtheil des I. C. S. vom 9. Mai 1888 (I. 113/88) hinsichtlich eines damals auferlegten richterlichen Ueberzeugungseides ausdrücklich ein Eid für unzulässig erklärt, nach welchem der Eidespflichtige ein Wissen über etwas völlig Unbestimmtes erhärten soll. — Ob es an solcher Bestimmtheit fehlt, läßt sich nur nach der konkreten Sachlage ermessen. Auf dem Standpunkt dieser reichsgerichtlichen Urtheile steht das B. G., indem es ausspricht: So wie der Eid zugeschoben ist, enthält er nur den Versuch einer Ausforschung, nicht einen greifbaren Vorfall, den der Kl. negiren müßte und negiren könnte. Dieser Ausspruch muß, wenn man das jeder konkreten Gestaltung entbehrende Eidesthema ins Auge faßt, für zutreffend erachtet werden. II. C. S. i. S. Meyer c. Grosse vom 29. Juni 1888, Nr. 98/88 IV.

7. Der § 667 C. P. O. bestimmt zwar: daß, wenn der Nachweis der Rechtsnachfolge durch öffentliche Urkunden nicht geführt werden kann, der Kl. auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel Klage zu erheben hat. Mit Recht nehmen aber die Vorderrichter an, daß dies die Geltendmachung der Rechtsnachfolge im Wege der Widerklage nicht ausschließt. Die C. P. O. schließt die Verfolgung eines Anspruchs im Wege der Widerklage nur im Urkunden- und Wechsel-Prozesse aus (§ 558); der Grund ist ein singulärer, nämlich nach den Motiven (S. 350; Hahn Materialien S. 391), weil sie die nothwendig zu erhaltende Einfachheit des Verfahrens stören würde. Die Fälle der §§ 575, 587 Abs. 2, welche der I. R. als fernere Ausnahmen ansieht, behandeln hier die Frage, was Gegenstand der Klage und der Widerklage sein kann, die Widerklage der Klage ganz gleich; sie dehnen nur das Verbot der Verbindung einer andern Klage mit der Ehescheidungs-Ungültigkeits- und Nichtigkeitsklage auf eine Widerklage anderer Art aus. Dieselben lassen die Regel: daß jeder durch Klage verfolgbare Anspruch auch im Wege der Widerklage geltend gemacht werden kann, deutlich erkennen. Aehnlich verhält es sich mit der für das Entmündigungsverfahren gegebenen Bestimmung des § 608 (624, 626), wodurch die Verbindung der Widerklage mit der die Entmündigung anfechtenden Klage nur in derselben Weise, wie eine andere Klage, ausgeschlossen ist. Speziell für den hier vorliegenden Fall des § 667 hat aber der I. R. zutreffend aus den Motiven (S. 405; Hahn Materialien S. 435) dargelegt, daß der Gesetzgeber mit den Worten: „Klage zu erheben“ nicht die Absicht verbunden hat, den Weg der Widerklage zu verschließen. Die vorliegende Klage ist die Klage des § 687 C. P. O.; sie bestreitet die bei Ertheilung der Vollstreckungsklausel als eingetreten angenommene Rechtsnachfolge; die vorliegende Widerklage ist die Klage des § 667, sie macht solche Rechtsnachfolge geltend. Beide stehen, wie aus ihren angegebenen Klagegründen ohne Weiteres erhellt, im engsten rechtlichen Zusammenhange; beide waren nach §§ 686, 667 beim Prozeßgericht I. J. zu erheben und sind thatsächlich bei demselben erhoben. Es liegen daher die Voraussetzungen vor, unter welchen nach § 33 eine Widerklage erhoben werden kann. Die Rüge der Verletzung der §§ 33, 667 C. P. O., welche darauf gestützt wird, daß die Widerklage in ihrer jetzigen Gestalt erst erhoben ist, nachdem über die Klage bereits rechtskräftig erkannt ist, kann als zutreffend nicht erachtet werden. Der Bekl. hat schon in I. J. des frühern Rechtszuges widerklagend beantragt: die im Klageantrage näher bezeichneten Vollstreckungsklauseln aufrecht zu erhalten, während sein Widerklageantrag in der I. J. des neuern Rechtszugs dahin geht: die durch das Urtheil des R. G. aufgehobenen Vollstreckungsklauseln auf die Widerklage aufrecht zu erhalten oder wiederherzustellen oder dem Bekl. von Neuem zu ertheilen. Hiernach ist ein wesentlicher Unterschied der in beiden Rechtszügen gestellten Widerklageanträge nicht zu erkennen und nach das neuerdings ergangene Urtheil I. J. geht über den von Anfang an gestellten Antrag der Widerklage nicht hinaus, wenn es die in Rede stehenden drei Erkenntnisse des Stadtgerichts B. von 1876 für den Bekl. und Widerkläger als Rechtsnachfolger der C. für vollstreckbar erklärt. Aber auch abgesehen hiervon ist bei der Frage der Zulässigkeit einer Widerklage entscheidend die Lage des Prozesses zur Zeit der Erhebung derselben. In diesem Zeitpunkte stand der Widerklage ein durch Klage geltend gemachter Anspruch gegenüber, mit welchem der Gegenanspruch der Widerklage in rechtlichem Zusammenhange stand. Dem Umstande, daß die Vorderrichter des ersten Rechtszuges über die Widerklage nicht entschieden haben und diese Entscheidung erst nöthig wurde, nachdem das Revisionsgericht die ertheilten Vollstreckungsklauseln rechtskräftig aufgehoben hatte, kann die Wirkung nicht beigelegt werden, die (wie oben dargelegt ist) von Anfang an in zulässiger Weise erhoben Widerklage nunmehr für unzulässig zu erklären. IV. C. S. i. S. Schultze c. Puls vom 5. Juli 1888, Nr. 121/88 IV.

8. Das angefochtene Urtheil stützt die Anerkennung des eingeklagten Rückforderungsrechts lediglich auf die Normen der C. P. O. Dieses Gesetz stellt jedoch keinen Rechtssatz des Inhaltes auf, daß die Leistungen, welche zu Erfüllung einer einstweiligen Verfügung bewirkt worden sind, dann zurückzugewähren seien, wenn die Verfügung späterhin aufgehoben wird. Auch aus ähnlichen Vorschriften der C. P. O. ist ein solcher Rechtssatz nicht zu folgern. Zwar wird die Verpflichtung des Gläubigers

zu Erstattung des von dem Verurtheilten vorläufig Beigetriebenen für die in voriger Instanz erwähnten Fälle (§ 503 Abs. 2, § 563 Abs. 2, § 655 Abs. 2, § 697 Abs. 2) ausgesprochen. Dabei handelt es sich jedoch überall um Leistungen aus nachmals aufgehobenen Urtheilen, nicht um einstweilige Verfügungen und das, was für die Aufhebung von Urtheilen vorgeschrieben ist, gilt noch nicht so ohne Weiteres für die Aufhebung einstweiliger Verfügungen. Die in § 503, 563, 655 und 697 gedachten Urtheile sollen nur vorläufig in Kraft treten. Werden sie aufgehoben, so behält das Gesetz die Erstattung des auf Grund des Urtheils Eingehobenen vor. Dieser Vorbehalt bildet die Unterlage des Rückforderungsanspruchs. Ein gleicher Vorbehalt ist aber für den Fall der Aufhebung einer einstweiligen Verfügung in der C. P. O. nicht enthalten. Die Aufhebung einer einstweiligen Verfügung kann nach Befinden deshalb erfolgen, weil sich inzwischen die Verhältnisse geändert haben, (§ 807, 815 der C. P. O.). Indessen selbst dann, wenn der aufhebende Richter die Verfügung als von Anfang an ungerechtfertigt erachtet, braucht dem aufhebenden Urtheile noch nicht schlechthin rückwirkende Kraft beigelegt zu werden. Dasselbe kann auch den Sinn haben, daß der durch die einstweilige Verfügung geschaffene Rechtszustand nur in Zukunft nicht weiter fortbestehen, daß dagegen dem Ausbringer der Verfügung das von dem Gegner bisher Eingezogene belassen werden solle. Ein allgemeiner Grundsatz, welcher die Wirkung des aufhebenden Urtheils auf den Zeitpunkt des Erlasses der einstweiligen Verfügung zurückbezieht, besteht nicht. Vielmehr muß die Bedeutung des aufhebenden Urtheils im einzelnen Falle geprüft werden. Die zu Vollstreckung der Verfügung getroffenen Maßnahmen waren berechtigt, als die Verfügung erlassen wurde. Sie verlieren ihre Berechtigung noch nicht bei jeder Sachlage dadurch allein, daß die Verfügung nachträglich aufgehoben wird. Jedenfalls aber sind die Rechtsgrundsätze für die Entscheidung über die Statthaftigkeit der gegenwärtigen Klage der C. P. O. nicht zu entnehmen. Sie gehören dem materiellen Rechte an. VI. C. S. i. S. Baumann c. Baumann vom 21. Juni 1888, Nr. 113/88 VI.

9. Anerkanntermaßen gehörte nach dem bis zum 1. Oktober 1879 in Geltung gewesenen Preußischem Rechte zu den wesentlichen Erfordernissen eines bindenden Schiedsvertrages, daß entweder die Person des Schiedsrichters individuell bezeichnet, oder ein Weg festgesetzt war, auf welchem, unabhängig von dem Willen der einen oder anderen Partei, die Konstituirung des Schiedsgerichts bewirkt werden konnte. Fehlte es hieran, so erzeugte der — unvollständige — Schiedsvertrag weder einen Einwand gegen die gerichtliche Geltendmachung des ihm unterworfenen Anspruchs noch eine Klage gegen den anderen Theil auf Vornahme der zur Bildung des Schiedsgerichts erforderlichen, in dessen Willen gestellten Handlungen. Vergl. Entscheidungen des Preußischen Obertribunals Bd. 10 S. 241, Bd. 51 S. 351; Entscheidungen des R. O. H. G. Bd. 2 S. 271, Bd. 7 S. 331, Bd. 17 S. 250, 251. Es kann auch keinem Zweifel unterliegen, daß demgemäß das dem Vertrage vom 5. September 1867 einverleibte Kompromiß der bindenden Kraft ermangelte, weil danach jede Partei einen Schiedsrichter zu wählen hatte und zwar festgesetzt war, daß die hierin säumige Partei ihrer Ansprüche verlustig gehen solle, nicht aber, daß statt ihrer die andere Partei oder irgend ein Dritter die zur vereinbarungsmäßigen Bildung des Schiedsgerichts unerläßliche Wahl zu treffen habe. In solchen Fällen versagte das frühere Preußische Recht auch die Befugniß auf richterliche Ernennung des von der Gegenpartei nicht bestimmten Schiedsrichters anzutragen (vergl. die angeführten Entscheidungen des Obertribunals). Bei Zugrundelegung jenes Rechts ist demnach der mit der gegenwärtigen Klage verfolgte Anspruch zweifellos hinfällig. Es fragt sich aber, ob nicht derselbe, da die Klage unter der Herrschaft der Deutschen C. P. O. angestellt ist, auf § 855 Abs. 2 derselben mit Erfolg gestützt werden könne. Indeß ist auch dies mit dem B. R. zu verneinen. — Die Vereinbarungen über die Bildung des Schiedsgerichts gehören dem materiellen Inhalt des Schiedsvertrages an und bilden nicht einen Bestandtheil des schiedsrichterlichen Verfahrens. Es herrscht demgemäß darüber Einverständniß, — und man war sich dessen bei Abfassung der C. P. O. auch bewußt (vergl. Motive bei Hahn Materialien I S. 490) —, daß das einschlägige zehnte Buch der C. P. O. bezüglich der Gültigkeit des Schiedsvertrages und der Konstituirung des Schiedsgerichts materiell-rechtliche Vorschriften enthält. Dies gilt namentlich auch von den hier in Betracht kommenden §§ 854, 855 der C. P. O., welche eine Ergänzung unvollständiger Vertragserklärungen in Hinsicht auf die Bildung des Schiedsgerichts bezwecken (vergl. die Motive zu den §§ 795 bis 798 des Entwurfs in Hahns Materialien I S. 491). — Nun ist anerkannten Rechtens, daß sich die Gültigkeit und die Rechtswirkungen eines Vertrages nach dem zur Zeit seiner Errichtung geltenden Rechte bestimmen und spätere Gesetze Mangels eines erkennbaren abweichenden Willens des Gesetzgebers hierauf keinen modifizirten Einfluß haben. Demgemäß und da eine, an sich prinzipwidrige, Rückwirkung nicht angeordnet ist, sind die gedachten materiell-rechtlichen Vorschriften der C. P. O. nur auf die unter der Herrschaft derselben und nicht auf die vorher geschlossenen Schiedsverträge anzuordnen, wie auch bereits vom R. G. in mehrfachen Entscheidungen ausgesprochen ist. IV. C. S. i. S. Stadt Ostrowo c. Gas-Akt.-Ges. Ostrowo vom 5. Juli 1888, Nr. 104/88 IV.

Zum Anfechtungsgesetz.

10. Mit Recht geht der B. R. davon aus, daß die Ausschlagung einer nur deferirten, noch nicht erworbenen Erbschaft dem § 3 Ziffer 7 des A. G. vom 21. Juli 1879 nicht unterfalle. Dasselbe setzt „Benachtheiligung von Gläubigern" voraus. Mag man nun auch den Begriff dieser Benachtheiligung im weitesten Sinne fassen und sie in jeder Rechtshandlung finden, durch welche eine Gestaltung der Vermögenslage des Schuldners geschaffen ist, welche die Exekutionsbefugniß des Gläubigers beeinträchtigt (Entscheidungen des R. G. Bd. 10 pag. 9), so liegt doch eine solche Beeinträchtigung nicht schon vor, wenn der zur Erbschaft berufene Schuldner dieselbe ausschlägt. Denn nur die erworbene Erbschaft hätte den Gläubigern als Befriedigungsmittel dienen können. Zum Erwerb bedurfte es aber hier der Antretung und zu dieser konnten die Gläubiger den Erben nicht nöthigen noch sie für ihn vornehmen, weil die Erbschaftsantretung ein höchst persönliches unübertragbares Recht ist. Dies ergiebt sich aus dem Gesetz selbst für alle Fälle, wo es zur Erwerbung einer Erbschaft erst eines Antretungsakts bedarf, ist auch in der Theorie nicht bestritten und schon vom R. G. angenommen worden. Zweifelhafter mag sein, ob und

wieweit sich dies anders verhalt, wenn es zum Erwerb der Erbschaft keines besonderen Akts des berufenen Erben bedarf, wie gemeinrechtlich bei den Suis und in den großen partikularrechtlichen Gebieten, die auf dem Prinzip „der Todte erbt den Lebendigen" beruhen. Ein Fall dieser Art liegt aber hier nicht vor und bedarf es deshalb keines Eingehens auf die Frage, da keinenfalls mit dem Rkl. die Möglichkeit entgegengesetzter Ergebnisse des Reichsgesetzes für die einzelnen Rechtsgebiete zu einer Umdeutung desselben oder gar zur Aenderung der erbrechtlichen Prinzipien selbst, wie wohl versucht worden ist (conf. Cosack l. c.), verwerthet werden darf. Die Klage kann daher nur Erfolg haben, wenn G. die Erbschaft seiner Mutter bereits angetreten hatte, als er mittelst der Erklärungen vom 11. Mai und 22. Juni 1885 sich für alle seine Rechte an dem elterlichen Nachlaß abgefunden bekannte und auf die Erbschaft zu Gunsten seines Bruders, des Bekl., verzichtete, oder wenn in dieser letzteren Erklärung selbst eine Antretung der Erbschaft gesehen werden muß. Letzteres behauptet der Rkl. und findet in der Nichtberücksichtigung dieses Umstandes einen weiteren Revisionsgrund. Aber auch dieser ist nicht stichhaltig. Zwar kann unter Umständen in einem Verzicht der gedachten Art eine Disposition über die Erbschaft und deshalb eine Antretung derselben gefunden werden, sofern sie unmittelbar auf das Eintreten des Dritten als Erben gerichtet ist und eine Uebertragung der Erbschaft auf ihn bezweckt (conf. Entscheidungen des R. G. Bd. 3 pag. 200 und Urtheil vom 2. März 1886, III 299/85). Eine solche Deutung der Erklärung des G. vom 22. Juni 1868, dahin gehend, „daß er auf die Erbschaft seiner verstorbenen Mutter zu Gunsten seines Bruders W. G. Verzicht leiste", ist aber ausgeschlossen, weil G. nicht nur dabei ausdrücklich erklärt hat, daß er bereits für sein Erbtheil abgefunden sei, also keins mehr abzutreten habe, sondern auch schon durch die frühere Erklärung (vom 11. Mai 1885) das Testament seiner Mutter anerkannt und sich für seinen Erbtheil ausdrücklich gänzlich abgefunden erklärt hatte. III. C. S. i. S. Fuldner c. Grosch vom 26. Juni 1888, Nr. 43/88 III.

Zur Rechtsanwaltsgebührenordnung.

11. Zwar ist dem O. L. G. darin beizutreten, daß nach Lage der Sache die Vertretung des Bekl. in dem fraglichen Termine durch einen Rechtskundigen als zur zweckentsprechenden Rechtsvertheidigung nothwendig gewesen ist. Der Justizrath A. ist jedoch zur Liquidation von Gebühren nach Maßgabe der R. A. G. O. nicht befugt, weil er den Termin nicht in Person wahrgenommen, sondern mit der Wahrnehmung desselben den, wie er in der Beschwerde an das O. L. G. angiebt, ihm zur Ausbildung überwiesenen Referendar B. beauftragt hat. Die den Rechtsanwälten durch das Gesetz vom 7. Juli 1879 zugebilligten Gebühren sind mit Rücksicht auf die persönliche Thätigkeit des Rechtsanwalts bemessen. Der Rechtsanwalt darf daher dieselben in der festgesetzten Höhe nur dann liquidiren, wenn er selbst thätig oder durch einen anderen Rechtsanwalt vertreten gewesen ist. Dagegen stehen ihm diese Gebühren nicht zu, wenn er sich, wie hier, durch einen Referendar, mag solcher auch schon zwei Jahre im Justizdienste beschäftigt gewesen sein, hat vertreten lassen. Von dieser Regel findet nur in dem Falle eine Ausnahme statt, wenn für einen an der Ausübung seines Berufs verhinderten Rechtsanwalt eine Stellvertretung eingesetzt ist. Ein solcher Stellvertreter tritt für die Zeit der Stellvertretung ganz an die Stelle des Rechtsanwalts und übt während dieser Zeit die Berufsthätigkeit des Rechtsanwalts überhaupt aus, so daß seine Thätigkeit als Berufsthätigkeit des Rechtsanwalts gilt. In diesem Falle greifen für die Geschäftsbesorgung durch den Stellvertreter die Sätze der Gebührenordnung Platz, wenn auch der Stellvertreter kein Rechtsanwalt ist, sondern gemäß § 25 Abs. 1, 2 der Rechtsanwaltsordnung durch Anordnung der Landesjustizverwaltung aus der Zahl derjenigen Rechtskundigen bestellt wurde, welche mindestens zwei Jahre im Justizvorbereitungsdienste beschäftigt worden waren. Dagegen treffen dieselben, jene Ausnahme rechtfertigenden, Gründe nicht auch dann zu, wenn, wie im gegenwärtigen Falle, ein Rechtsanwalt, welcher seine Berufsthätigkeit im Allgemeinen ausübt, sich einen Vertreter für einzelne ihm obliegende Thätigkeiten bestellt, der kein Rechtsanwalt ist, und in dieser Auffassung wird auch durch die Bestimmung des § 25 Abs. 3 der Rechtsanwaltsordnung nichts geändert, welche allein den Zweck hat, die Anwendung der Vorschriften des § 143 Abs. 1, 2 der C. P. O. auf die mindestens zwei Jahre im Vorbereitungsdienste beschäftigten Rechtskundigen auszuschließen, wenn sie einen Rechtsanwalt, ohne als dessen Stellvertreter bestellt zu sein, in Fällen vertreten, in denen eine Vertretung durch einen Rechtsanwalt nicht geboten ist (zu vergl. Beschluß der vereinigten C. S. des R. G. i. S. Halbrock wider Obermeier vom 9. April 1888, Juristische Wochenschrift S. 225). Da nicht konstatirt, daß dem Justizrath A. in Folge seiner Vertretung in dem fraglichen Termin durch den Referendar B. Kosten entstanden sind, so rechtfertigt sich die Absetzung des streitigen Liquidats in voller Höhe. IV. C. S. i. S. Hanitzsch c. Thiele vom 9. Juli 1888, B Nr. 129/88.

II. **Das Handelsrecht.**

12. Fortführung des Geschäfts ist Voraussetzung der Zulässigkeit der Fortführung der Firma. Diese ist aber nicht eine unmittelbare Folge jener, es muß vielmehr ein darauf gerichteter Willensakt hinzukommen. Dieser kann auf Fortführung der Firma genau in der Gestalt, wie der bisherige Inhaber sie führt, gerichtet sein. Es können aber auch gewisse Modifikationen vereinbart sein. Die Einwilligung in die Fortführung der Firma kann auf eine gewisse Zeit, sie kann auch auf die Dauer des Geschäftsbetriebs durch die Person des Erwerbers des Geschäfts beschränkt sein. Ist eine solche Beschränkung nicht ausgesprochen, so ist die Einwilligung als für die Fortdauer des Betriebs des betreffenden Geschäfts ertheilt zu erachten. I. C. S. i. S. Lippert c. Pätz vom 21. April 1888, Nr. 52/88 I.

III. **Sonstige Reichsgesetze.**

Zur Reichsgewerbeordnung.

13. Wenn das B. G. auf Grund seiner Feststellungen zu der Annahme gelangt, daß Kl. seiner wesentlichsten und Hauptthätigkeit nach nur mitarbeitender Schmied und daneben zugleich Werkmeister und Aufseher in der beklagtischen Schmiede gewesen sei, so ist der hiergegen vom Rkl. erhobene Vorwurf der mangelnden Begründung insofern nicht unberechtigt, als aus den obigen Feststellungen sich nicht entnehmen läßt, ob die Thätigkeit des Kl. als mitarbeitender Schmied oder diejenige als Werkmeister und Aufseher seine Zeit hauptsächlich in Anspruch genommen hat. Es ist das aber auch unerheblich. Der Schwerpunkt der angefochtenen Entscheidung liegt darin, daß das B. G.

aus jenen Feststellungen die Forderung gezogen hat, es könne nicht angenommen werden, daß dem Kl. eine solche selbständige Leitung und Beaufsichtigung innerhalb einer Branche des beklagtischen Betriebes übertragen gewesen sei, welche den damit Betrauten aus dem Kreise der gewerblichen Arbeiter sozial und dienstlich heraus hebe und als einen in bestimmter Beziehung von dem Unternehmer unabhängigen Dirigenten erscheinen lasse. Diese Folgerung kann aber für rechtsirrthümlich nicht erachtet werden. Denn nach demjenigen, was hinsichtlich der dienstlichen Obliegenheiten des Kl. festgestellt ist, war der Kl. immer nur ein gewerblicher Gehülfe des Bekl. Ob der Kl. den Namen eines Werkmeisters führte beziehungsweise wirklich ein solcher war, ist gleichgültig. Wenn in der ursprünglichen Fassung der Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 die Anwendbarkeit des (dem jetzigen § 120a entsprechenden) § 108 auf Werkmeister in Fabriken durch den damaligen § 126 ausgeschlossen war, und diese Unanwendbarkeit durch die Novelle vom 17. Juli 1878 aufgehoben ist, so läßt sich daraus allerdings nicht ableiten, — und das Gegentheil wird auch nicht in dem vom B. G. allegirten, in Braun's Annalen Bd. 7 S. 275 mitgetheilten, dort nur unvollständig wiedergegebenen Urtheil des R. G. ausgesprochen — daß nunmehr jeder Werkmeister zu den gewerblichen Gehülfen zu rechnen ist, auf welche der § 120a Anwendung zu finden hätte. Wohl aber ist daraus zu entnehmen, daß auch Werkmeister zu denselben gerechnet werden können. Ob sie aber im einzelnen Fall als Gewerbegehülfen anzusehen sind, ist eine Frage, welche je nach den vorliegenden thatsächlichen Verhältnissen verschieden beantwortet werden kann. In dem hier zur Frage stehenden Fall kann aber der getroffenen Entscheidung der Vorwurf eines Rechtsirrthums nicht gemacht werden, wenn angenommen ist, daß Kl. nach Maßgabe seiner vertragsmäßigen Obliegenheiten zu den Gewerbegehülfen zu zählen sei. Denn die kontrolirende und aufsehende Thätigkeit allein entkleidet ihn noch nicht des Charakters eines Gewerbegehülfen im Sinne des Tit. VII der Gewerbeordnung, und zwar um so weniger, als er selbst jedenfalls auch mitarbeitender Schmied war. Seine Befugniß zur Vertretung des Kl. bezüglich der Annahme der Arbeiter war aber, zumal unter Berücksichtigung der ihr nach der Feststellung des B. G. gezogenen Schranken eine so untergeordnete und nebensächliche, daß auch daraus ein Grund nicht entnommen werden kann, dem Kl. die Eigenschaft eines bloßen Gewerbegehülfen abzusprechen. III. C. S. i. S. Savelsberg c. Howald vom 26. Juni 1888, Nr. 122/88 III.

Zum Unfallversicherungsgesetz.

14. Unter „Unfall bei dem Betriebe" im Sinne des Unfallversicherungsgesetzes ist schon nach dem Wortsinn ein mit dem Betriebe in Verbindung stehendes, zeitlich bestimmtes Ereigniß zu verstehen, welches in seinen, möglicherweise erst allmählich hervortretenden Folgen den Tod oder die Körperverletzung des Versicherten verursacht hat. Keine Bestimmung des Gesetzes läßt erkennen, daß das Wort „Unfall" in einem weiteren Sinne aufzufassen, insbesondere auch eine Reihe nicht auf bestimmte Ereignisse zurückzuführende Einwirkungen, welche in ihrem Zusammentreffen allmählich zum Tode oder zur Körperverletzung führen, als Unfall im Sinne des Gesetzes anzusehen ist; die vom B. G. hervorgehobenen Stellen, §§ 5 Abs. 2 und 6, 51 und 53, gehen vielmehr ebenso wie § 8 des Gesetzes vom 7. Juni 1871 von einem zeitlich nachweisbaren Vorfalle aus. Ein solcher liegt aber nach der eigenen Darstellung des Kl. nicht vor. Es handelt sich nicht um die allmählich eingetretenen Folgen eines bestimmten Ereignisses, sondern um eine im Laufe der Jahre in Folge dauernder Beschäftigung mit Bleiweiß eingetretene Vergiftung, soweit um eine durch sich stetig wiederholende Einwirkungen verursachte chronische Erkrankung, welche nach ihrem unmittelbaren Zusammenhange mit dem vom Kl. betriebenen Gewerbe als gewerbliche Krankheit zu betrachten ist und diesen Charakter nicht verliert, wenn auch, wie Kl. behauptet, Bekl. versäumt haben sollte, die zur thunlichsten Abwendung der Gefahr erforderlichen Anordnungen und Einrichtungen zu treffen. Die aus dem Betriebe selbst und dessen Einwirkungen sich allmählich entwickelnden gewerblichen Krankheiten sind aber nicht Betriebsunfälle, sondern die gewöhnlichen und vorauszusehenden Nachtheile eines an sich ungesunden Betriebs, welche von jedem, der sich an solchem Betriebe betheiligt, in Rechnung gezogen werden müssen. Das Unfallversicherungsgesetz gewährt gegen solche Krankheiten und die dadurch verursachte Invalidität keine Versicherung. Der Grund, aus welchem das B. G. dem Kl. einem im Rechtswege verfolgbaren Anspruch abspricht, ist hiernach rechtsirrthümlich. III. C. S. i. S. Hesse c. Fiskus vom 6. Juli 1888, Nr. 80/88 III.

IV. Das Gemeine Recht.

15. Das B. G. fordert für den nach l. 6 Dig. de his, qui I 6 zulässigen Gegenbeweis gegen die Präsumtion der Legitimität eines während der Ehe geborenen Kindes nicht den Nachweis der Unmöglichkeit der Erzeugung, hält andererseits aber auch den Nachweis der Nichtvollziehung des Beischlafs in der kritischen Zeit nicht für ausreichend und verlangt zu diesem Nachweise noch die Darlegung von Umständen, welche die Annahme rechtfertigen, es habe entgegen der normalen ehelichen Lebensgemeinschaft eine Abweichung von der Regel des geschlechtlichen Umgangs der Eheleute stattgefunden. In vorliegender Sache erachtet es den Beweis der Nichtvollziehung des Beischlafs in der kritischen Zeit bis zu einem richterlichen Eide des Kl. für erbracht; anlangend aber den das Unterbleiben des Geschlechtsverkehrs während der kritischen Zeit rechtfertigenden Grund, so findet es hierfür Anhaltspunkte in der durch die Angaben des persönlich vernommenen Kl. und des Zeugen X. unterstützten Aussage der früheren Ehefrau, nach welchen die Eheleute von vorne herein in innerer Entfremdung mit einander gelebt und nur hin und wieder freundlich mit einander gesprochen haben, auch der Beischlaf nur in den ersten Wochen der Ehe versucht, später ganz unterblieben ist; es nimmt an, daß eine Ehe dieser Beschaffenheit nur als Scheinehe bezeichnet werden und die für die wahre Ehe begründete natürliche Vermuthung des ehelichen Geschlechtsverkehrs nicht Platz greifen kann. Die volle Ueberzeugung von der Wahrheit dieses Verhältnisses hat das B. G. aus den Verhandlungen zwar nicht gewonnen; wenn aber der Kl. nicht nur beschwört, daß er in der kritischen Zeit den Beischlaf nicht vollzogen habe, sondern noch weiter eidlich erhärtet, daß die Beischlafsvollziehung unter den Eheleuten seit den ersten nach Eingang der Ehe verflossenen Wochen unterblieben sei, so erachtet das B. G. für erwiesen, daß das Verhältniß der Eheleute ein derartig anormales gewesen ist, um die alia causa der lex 6 cit. als vorhanden anzusehen. Mit dem B. G. ist

davon auszugehen, daß die Frage, in welcher Richtung der Gegenbeweis bei ungetrennter Gemeinschaft der Ehegatten zu führen ist, aus der lex 6 cit. beantwortet werden muß. Mit dem B. G. ist auch anzunehmen, daß nach dieser Stelle der Beweis absoluter Unmöglichkeit der Erzeugung nicht gefordert werden darf, andererseits aber auch der Nachweis der Nichtvollziehung des Beischlafs in der kritischen Zeit nicht zureicht, jenes nicht, weil die in den Worten: „si constet maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente vel alia causa vel si ea valetudine paterfamilias fuit, ut generare non possit“ als Grund für die Unterlassung des Beischlafs zunächst angeführte infirmitas die verschiedensten mit Zeugungsunfähigkeit nicht nothwendig verbundenen Schwächezustände umfaßt dieses nicht, weil für die Nichtvollziehung des Beischlafs ein besonderer Grund gefordert wird. Dagegen kann der erkennende Senat mit dem B. G. darin nicht übereinstimmen, daß der Richter in der Beurtheilung der neben den besonders aufgeführten Gründen genannten alia causa freie Hand habe, daher allgemein einen triftigen Grund, welcher die Unterlassung des Beischlafs erklärlich und glaubhaft mache, als ausreichend betrachten könne. Sind auch jene besonders aufgeführten Gründe, bei deren Vorhandensein der Jurist von den in den Worten „non tamen ferendum Julianus ait eum qui cum uxore sua assidue moratus nolit filium agnoscere quasi non suum“ aufgestellten Grundsatze absehen will, nicht gleichbedeutend mit absoluter Unmöglichkeit der Erzeugung, da selbst die nach der oben schon hervorgehobenen infirmitas noch genannte valetudo ut u. s. w. nach der Art ihres Vorkommens nur ein relativer Begriff ist, so ist andererseits doch nicht zu verkennen, daß diese Beispiele auf Verhältnisse hinweisen, welche die Möglichkeit der Erzeugung durch den Ehemann thatsächlich als ausgeschlossen erscheinen lassen, wenn auch eine absolute Unmöglichkeit wie in dem im Eingange der Stelle erwähnten Abwesenheitsfalle nicht vorliegt. Reiht nun der Jurist den Schwächezuständen und der Zeugungsunfähigkeit, und zwar in der Mitte, die alia causa an, so entspricht dem Prinzip wie den zugelassenen Ausnahmen die Auslegung, welche unter der alia causa im Wesentlichen gleichwerthige Gründe versteht, darunter also nur solche Verhältnisse begreift, unter welchen nach allen in Betracht kommenden Umständen die Möglichkeit der ehelichen Erzeugung als ausgeschlossen erachtet werden muß. Von dieser Auffassung aus kann nicht angenommen werden, daß der Kl. einen zur Entkräftung der Präsumtion ausreichenden Grund dargelegt hat. Der Kl. behauptet seine Zeugungsfähigkeit und hat fortgesetzt mit der Ehefrau das Schlafzimmer getheilt; ernste Ehezwistigkeiten sind so wenig nach seiner wie nach der Aussage der Zeugin vorgekommen. Die angeblich schon Jahrelang vor der kritischen Zeit geübte Enthaltung des Kl. bietet keine causa im obigen Sinne für die Enthaltung in der kritischen Zeit und wenn das B. G. durch die Beurtheilung der Ehe als Scheinehe zu einer die Nichtvollziehung des Beischlafs in der kritischen Zeit rechtfertigenden causa gelangt, so beruht doch diese Beurtheilung selbst dem Grunde nach nur wieder auf der angeblichen langjährigen Enthaltung des Kl. für welche letzterer einen stichhaltigen Grund überall nicht hat vorbringen können. III. C. S. i. S. Haase c. Haase vom 12. Juni 1888, Nr. 77/88 III.

16. Allerdings kann der erhobene Anspruch nicht aus dem Gesetz vom 7. Juli 1871 begründet werden, weil auch dieses Gesetz für solche die Erwerbsfähigkeit allmählich mindernden oder aufhebenden Gesundheitsstörungen, welche als gewöhnliche Nachtheile mit dem Betriebe verbunden sind, dem Arbeiter einen Entschädigungsanspruch nicht gewährt; dagegen ist ein Entschädigungsanspruch aus dem Dienstvertrage begründet, wenn der Arbeitgeber es unterläßt, solche Anordnungen zu treffen und solche Einrichtungen herzustellen, welche geeignet sind, die schädlichen Folgen des Betriebs für die Gesundheit der Arbeiter abzuwenden oder doch thunlichst zu mindern. Diese Verpflichtung besteht nicht bloß in Beziehung auf Unfälle, sondern in demselben Maße auch in Beziehung auf die durch den Betrieb verursachten gewerblichen Krankheiten. Hat nun der Kl. behauptet, daß seine Erkrankung, wie dieselbe am 26. April 1886 durch Lähmung der Hände u. s. w. zum Ausbruch gekommen ist, auf einem Verschulden der Verwaltung und ihrer Angestellten beruhe, weil die Verarbeitung des Bleiweiß in trockenem Zustande zugelassen sei u. s. w., so ist die Klage aus dem vorliegenden Vertragsverhältnisse an sich zur Genüge begründet und eine weitere Verhandlung und Entscheidung nach der Richtung geboten, ob der Bekl. verpflichtet gewesen ist, die vom Kl. für nothwendig erklärten Anordnungen und Einrichtungen zu treffen und ob derselbe eventuell diese Verpflichtungen durch seine Organe erfüllt hat. III. C. S. i. S. Hesse c. Fiskus vom 6. Juli 1888, Nr. 80/88 III.

V. Das Preußische Allgemeine Landrecht.

17. Das A. L. R. bestimmt im § 4 Thl. I Tit. 2, daß alle Theile und Eigenschaften einer Sache, ohne welche dieselbe nicht das sein kann, was sie vorstellen soll, oder wozu sie bestimmt ist, zur Substanz gehören, ferner im § 42 ibid., daß eine Sache, welche zwar für sich selbst bestehen kann, die aber mit einer andern Sache in eine fortwährende Verbindung gesetzt worden ist, ein Zubehör derselben genannt wird. Das R. G. hat in einem früheren Urtheile (Entscheidungen Bd. II S. 251) näher ausgeführt, daß nach diesen Vorschriften dem Richter die Prüfung obliegt, ob bei der Verbindung von beweglichen Sachen mit einem Gebäude die besondere Bestimmung des letzteren durch die damit verbundenen Sachen begrifflich bedingt ist, und ferner, ob die Verbindung eine so dauernde und feste sei, daß sie den Willen, die Nebensache zum Theil der Hauptsache zu machen, sicher erkennen läßt. Die Frage, ob diese Kriterien für den Begriff der Substanztheile vorliegen, oder ob durch die Verbindung die Nebensache nur zum Zubehör gemacht ist, wird, wie das frühere Ober-Tribunal richtig bemerkt (Plenarbeschluß in den Entscheidungen des Ober-Tribunals Bd. 30 S. 20) im einzelnen Falle nach den obwaltenden Umständen zu entscheiden, also regelmäßig eine thatsächliche sein. Hier hat der B. R. die Pertinenzqualität festgestellt. Der Revision ist zwar zuzugeben, daß es nicht, wie der B. R. sagt, darauf ankommt, ob die Maschine als individuelle Sache erkennbar geblieben sei, vielmehr darauf, ob sie durch die Verbindung die Eigenschaft einer individuellen Sache verloren hat. Wenn aber der B. R. unter Berücksichtigung der Anführungen der Bekl. über die Art der Verbindung zu der Annahme gelangt, daß eine so feste und dauernde Verbindung, um die Maschine zum Substanztheil zu machen, hier nicht stattgefunden habe, so verletzt diese Entscheidung keinen Rechtsgrundsatz, und unterliegt also nicht dem Angriffe

durch die Revision. V. C. S. i. S. Först c. Gutehoffnungshütte vom 4. Juli 1888, Nr. 144/88 V.

18. Die beim Abschluß eines Vertrags vorhandene Absicht eines der Kontrahenten, den Vertrag nicht zu erfüllen, hat für die Rechtsbeständigkeit des Vertrags keine Bedeutung. Ja es ist selbst gleichgültig, wenn der Kontrahent, um sich die Möglichkeit zu verschaffen, seine Nichterfüllung zu rechtfertigen, beim Abschluß zweideutige Worte wählt. Die Auslegung, welche der Kontrahent dem Vertrag zu geben beabsichtigt, hat für sich keine Bedeutung. Die Nichterfüllung ist es erst, welche den dolus enthält. I. C. S. i. S. Heintz c. Berl & Cie. vom 25. April 1888, Nr. 69/88 I.

19. Nach § 385 Thl. I Tit. 5 A. L. R. kann ein geschlossener, aber noch nicht erfüllter Vertrag durch wechselseitige Einwilligung wieder aufgehoben werden. Es genügt dazu die mündliche Erklärung unter Kassation des vorhandenen Dokuments (§§ 386, 387). Ist der Vertrag schon von einer Seite erfüllt oder werden der Einwilligung Bedingungen oder Nebenabreden hinzugefügt, so muß, sofern zur Errichtung des Vertrages die schriftliche Abfassung nothwendig ist, auch die Aufhebung schriftlich erklärt werden (§ 388). Der gerichtlichen Form bedarf es, wenn der Vertrag gerichtlich geschlossen werden mußte (§ 389). — Voraussetzung ist hiernach eine Uebereinkunft der Parteien des Inhalts, daß ein zuvor von ihnen geschlossener Vertrag nicht Geltung haben soll. Sofern er noch nicht erfüllt ist, wird dabei ein gegenseitiger Erlaß der daraus entspringenden Verpflichtungen intendirt; soweit die Erfüllung schon geschehen und die Wirkungen derselben beseitigt werden sollen, ein neuer Vertrag geschlossen. Im vorliegenden Fall handelt es sich nur um die Fortdauer des Pachtverhältnisses, nicht aber um die Aufhebung der durch die bisherige Erfüllung bereits eingetretenen Wirkungen. Ein Aufhebungsvertrag (mutuus dissensus) würde daher anzunehmen sein, wenn die übereinstimmende Absicht der Parteien dahin gegangen wäre, das unter ihnen bestehende Pachtverhältniß aufzulösen, und einander gegenseitig für die Zukunft von den aus dem Pachtvertrage entspringenden Verpflichtungen zu entbinden. Eine solche Uebereinkunft jedoch setzt vor Allem voraus, daß die Betheiligten auch darin einig sind, daß unter ihnen jenes Rechtsverhältniß in Wirklichkeit noch besteht. Aber gerade hierüber gingen im Prozeß die Meinungen der Parteien auseinander, und lediglich in der Absicht, diesen Streit zu schlichten, wurde der Vertrag vom 31. August 1887 geschlossen. Ihre Absicht war dabei, wie unstreitig feststeht, die Differenzen, die über die Fortdauer des Pachtverhältnisses bestanden, auszugleichen, nicht aber einander gegenseitig von beiden anerkannte Verpflichtungen zu erlassen. Die Bekl., welche das Pachtverhältniß durch ihren Rücktritt auf Grund des § 4 des Vertrages für aufgelöst ansah, gestattete dem Kl. den Pachtbesitz noch bis zum 1. Dezember 1887, und dieser, der den Pachtbesitz noch bis zum 1. März 1890 für sich in Anspruch genommen hatte, willigte in die Aufhebung des Verhältnisses unter den im Vertrage enthaltenen Bedingungen. Es liegen sonach alle Voraussetzungen eines Vergleiches vor (§ 405 Thl. I Tit. 16 A. L. R.). In Wirklichkeit bringt der B. R. denselben Gedanken zum Ausdruck, wenn er feststellt, daß die Intention der Parteien dahin gegangen sei, unter Absehung von dem möglichen Aufhebungsgrunde den Pachtvertrag aufzuheben. Denn in dem Absehen von dem bestehenden Streite liegt eben ein gegenseitiges Nachlassen von den beider Seits erhobenen Ansprüchen. Daß in der Urkunde die Streitpunkte nicht erwähnt sind, auch die Absicht, sich vergleichen zu wollen, darin nicht ausdrücklich kund gegeben ist, steht dem Kl. nicht entgegen; es genügt vielmehr, daß in der Urkunde das Schlußergebniß der Verhandlungen zum Ausdruck gebracht ist und das darin fixirte Rechtsverhältniß sich in Wirklichkeit als das Ergebniß der vergleichsweise zu Stande gekommenen Vereinbarung darstellt. Ebenso ist es unerheblich, daß das Rechtsgeschäft darin nicht als Vergleich bezeichnet, sondern nur von der Aufhebung des Vertrages gesprochen wird. Gegen diese Grundsätze verstößt der B. R., wenn er trotz der unstreitigen, im Wesentlichen auch von ihm selbst festgestellten Voraussetzungen des Vergleichs die Bestimmungen über Aufhebung der Verträge durch wechselseitige Einwilligung zur Anwendung bringt. Das B. U. würde hiernach der Aufhebung unterliegen, wenn nicht die Entscheidung aus den Gründen des I. R. aufrecht zu erhalten wäre. Nach § 407 Thl. I Tit. 16 A. L. R. unterliegen Vergleiche hinsichts der Form den allgemeinen gesetzlichen Regeln und genügt deshalb im vorliegenden Fall die Schriftform, gleichviel ob das Rechtsverhältniß, über welches der Vergleich zu Stande gekommen, zu seiner Eingehung der gerichtlichen oder notariellen Form bedurft hätte. Damit zerfällt der erste von der Bekl. aus der mangelnden Form des Vertrags entnommene Einwand. Fehl geht aber auch die Bekl., wenn sie meint, daß mit Rücksicht auf die Schlußbestimmung des Vergleichs (lit. d) derselbe nicht zur Perfektion gelangt sei. Wenn dort gesagt ist: „Bezüglich der bei Beendigung des Pachtverhältnisses dem S. zurückzuzahlenden Kaution von 4500 Mark bleibt eine Einigung noch vorbehalten", so ist damit, wie die Vorinstanzen mit Recht annehmen, nichts weiter zum Ausdruck gebracht, als daß die Verpflichtung der Verpächterin zur Rückzahlung der Kaution nicht Gegenstand des Vergleichs sein, es also hinsichts derselben bei den gesetzlichen oder vertragsmäßigen Bestimmungen sein Bewenden behalten solle. Dadurch wird aber der Vergleich nicht unbestimmt, sondern nur seinem Gegenstande nach beschränkt. V. C. S. i. S. Hübich c. Schlemmer vom 27. Juni 1888, Nr. 110/88 V.

20. Die streitigen Fragen, ob der Bekl. verbunden ist, sich die gerichtliche Inventur der in seinem Besitze stehenden Verlassenschaft gefallen zu lassen, und ob die Inventarisirung sich nicht blos auf den Allodialnachlaß, sondern auch auf das Fideikommißvermögen zu erstrecken hat, sind vom B. R. ohne erkennbaren Rechtsirrthum verneinend beantwortet worden. Die Verpflichtung des Herrn Bekl. zur Gestattung der gerichtlichen Inventur wollen Kl. aus der letztwilligen Verfügung des Erblassers, welche die gerichtliche Inventur des Nachlasses anordne, sowie aus dem Gesetze herleiten. Die erstere gewährt, wie der B. R. zutreffend ausführt, keine Grundlage für das Klageverlangen, weil der Herr Bekl. der Erbschaft aus dem Testamente in rechtsgültiger Weise entsagt und sich nur das Pflichttheilsrecht vorbehalten hat, den Pflichttheil aber frei von Einschränkungen und Belastungen verlangen darf. — Den Kl. steht aber auch nicht das Gesetz zur Seite. Dieses stellt nicht, wie die Revision meint, allgemeine Grundsätze auf, nach welchen die streitige Frage zu entscheiden wäre, sondern bestimmt die einzelnen Fälle,

in welchen die gerichtliche Inventur obligatorisch für alle Betheiligten stattfindet, und keiner dieser Fälle ist hier vorliegend, wie in Uebereinstimmung mit dem B. R. angenommen werden muß. Der § 40 Thl. II Tit. 5 der Allgemeinen Gerichtsordnung, auf welchen Kl. hinweisen, hat den Fall im Auge, wenn eine Siegelung, also eine gerichtliche Sicherstellung des Nachlasses verfügt ist und es sich um die Aufsiegelung und die durch das Gericht zu bewirkende Ausantwortung des Nachlasses handelt. Hier ist verordnet, daß die Frage, ob die Ausantwortung mit oder ohne Inventur erfolgen solle, nach der Bewandniß des Falles und den darauf gerichteten gesetzlichen Vorschriften zu bestimmen ist, und im Allgemeinen festgesetzt, daß, wenn auch nur ein Erbe die gerichtliche Inventur verlangt, solche verfügt werden müsse und wenn Streit über die Erbschaft zwischen mehreren Erbschaftsprätendenten oder zwischen den Erben und Gläubigern vorwaltet, der Richter die Inventur von Amtswegen veranlassen könne, wenn er sie für nothwendig erachtet, um der Verdunkelung und Schmälerung des Nachlasses bis zum Ausgange des Prozesses vorzubeugen. Eine Siegelung des Nachlasses hat jedoch unbestritten hier nicht stattgefunden. Die Voraussetzungen für die Anwendung jener Gesetzesvorschrift treffen daher nicht zu. Ebensowenig wird das Klageverlangen durch die Vorschriften des Tit. 46 Thl. I der Allgemeinen Gerichtsordnung gerechtfertigt. Der § 3 unter I, die erbschaftlichen Prozesse betreffend, verweist für den Fall, daß bei der Erbesauseinandersetzung zuvörderst Präjudizialfragen zu entscheiden sind, nur im Allgemeinen auf die Verfügungen, welche die Gesetze den Parteien zur Abwendung der Verdunkelung oder Verbringung des Nachlasses oder zur Sicherstellung ihrer eventuellen Ansprüche an die Hand geben. Der § 7 besagt sodann: Wenn Erben, deren Recht nicht bezweifelt wird, über den Besitzer der Erbschaft sich beschweren, daß er ihnen die zur Ausmittelung ihres Antheils erforderlichen Nachrichten vorenthalte, so bedarf es darüber keines förmlichen Prozesses, sondern dem Besitzer der Erbschaft wird, binnen einer nach den Umständen zu bestimmenden Frist, die Herausgabe des Inventarii und die Vorlegung seiner Verwaltungsrechnung aufgegeben. Hält er diese Frist nicht inne, so muß er, auf ferneres Andringen der unstreitigen Erben, zu seiner Schuldigkeit durch Exekution nach Vorschrift Tit. 24 §§ 48 ff. angehalten werden. . . . Diese Vorschrift verpflichtet den Besitzer der Erbschaft nur zur Einreichung eines Privatinventars. Hierüber läßt der gebrauchte Ausdruck: „Herausgabe des Inventars" und die Nebeneinanderstellung: „Herausgabe des Inventars" und „Vorlegung der Verwaltungsrechnung" keinen Zweifel; auch deutet darauf die Verweisung auf die §§ 48 ff. Thl. I Tit. 24 der Allgemeinen Gerichtsordnung hin, welche von der executio ad faciendum handeln. — Der § 10 verpflichtet ferner den Besitzer der Erbschaft nur alternativ zur Vorlegung eines gerichtlichen oder Privatinventars. — Die §§ 26 ff. unter II endlich verhalten sich über die Auseinandersetzung zwischen Lehns- oder Fideikommißfolgern und Allodialerben. Sie erklären die Vorschriften unter I, also auch § 7, für maßgebend (§ 26) und behandeln im Weiteren den Fall § 27 ff.), wenn die Lehns- oder Fideikommißeigenschaft des Guts streitig ist und die Allodialerben des letzten Besitzers die Herausgabe desselben an die Lehns- oder Fideikommißprätendenten aus diesem Grunde verweigern. Hier ist verordnet, daß der Regel nach der Allodialerbe bis zur ausgemachten Sache im Besitze bleiben, der Richter jedoch ermächtigt sein solle, den etwaigen Weiterungen und Verwickelungen, welche während des Hauptprozesses zur Erschwerung der Klarstellung der Lehns- oder Fideikommißmasse und der Absonderung derselben vom Erbe eintreten könnten, durch zweckmäßige, sogleich bei der Einleitung des Hauptprozesses zu treffende Verfügungen, z. B. durch Aufnehmung oder Einforderung eines vollständigen Inventarii ꝛc. vorzubeugen. Diese Vorschriften haben nicht den vorliegenden Fall im Auge, indem hier nicht der Allodialerbe, sondern der Fideikommißfolger im Besitze der streitigen Massen sich befindet, und wenn man ihnen auch entsprechende Anwendung geben wollte, würde es an der vom Gesetze gestellten Voraussetzung für das Einschreiten des Richters fehlen, daß nämlich ein Prozeß schwebt, durch welchen ein konkreter Anspruch verfolgt wird, zu deren Sicherung die gerichtliche Inventur dienlich wäre. Endlich können sich die Kl. auch nicht auf die, die Inventarlegung betreffenden, Vorschriften des Tit. 9 Thl. I des A. L. R. und insbesondere die §§ 436 und 437 daselbst mit Erfolg berufen. Die letzteren verordnen, daß es in der Regel von der Wahl des Erben abhänge, ob er das Inventar gerichtlich aufnehmen lassen oder selbst anfertigen wolle, und daß, wenn der Nachlaß auf den Antrag der Gläubiger zu deren Sicherheit (§ 387 ebenda) gerichtlich gesiegelt ist, oder die Gläubiger wahrscheinliche Gründe zur Besorgniß, daß der Nachlaß unzureichend sein werde, nachweisen können, das Inventar auf ihr Andringen gerichtlich aufgenommen werden müsse. Wie der B. R. ausführt, bezwecken diese Anordnungen, welche unter den Vorschriften über die Rechtswohlthat des Inventars sich befinden, nur die Festsetzung, was der Erbe zu thun habe, um sich letztere zu sichern, und welche Rechte den durch die Rechtswohlthat betroffenen Nachlaßgläubigern zustehen; zu den Gläubigern seien aber die Kl., da sie selbst Erben seien, nicht gehörig und als Benefizialerben auf Grund des § 436 nicht befugt, von dem Besitzer des Nachlasses zu verlangen, daß er die gerichtliche Inventur zulasse; denn der § 436 wolle nur dem Benefizialerben die ihm obliegende Pflicht zur Aufstellung des Inventars erleichtern, nicht aber zu seinen Gunsten Verpflichtungen Dritter begründen. — Diese Ausführungen sind durchweg zutreffend und werden durch die Angriffe der Revision nicht erschüttert. Die letzteren beruhen im Wesentlichen auf der Unterstellung, daß der Herr Bekl. sich eigenmächtig in den Besitz der Verlassenschaft gesetzt habe und zur Herausgabe derselben verpflichtet sei, sowie auf der Annahme, daß das Recht auf Herausgabe des Nachlasses zu dem Rechte auf Gestattung der gerichtlichen Inventur im Verhältnisse des weiteren zum engeren Rechte stehe. Der Herr Bekl. hat jedoch ausdrücklich bestritten, daß er sich eigenmächtig in den Besitz der Verlassenschaft gesetzt habe und zur Herausgabe des Nachlasses an die Kl. verpflichtet sei, und eine entgegengesetzte Feststellung ist vom B. R. nicht getroffen worden. Es ist aber auch nicht als richtig anzuerkennen, daß das Recht auf Herausgabe des Nachlasses das Recht auf Gestattung der gerichtlichen Inventur in sich schließe. Beide Rechte sind inhaltlich wesentlich von einander verschieden, und wenn auch derjenige, welcher sich ohne Rechtsgrund in dem Besitze eines Nachlasses befindet, zur Herausgabe desselben an den Berechtigten verpflichtet ist, so folgt doch

aus dieser Verpflichtung nicht ohne Weiteres, daß er auch verbunden sei, den Nachlaß, so lange der Besitz noch fortbesteht, zum Zwecke der Inventarisirung dem Gerichte offen zu legen. Eine andere Frage wäre die, ob zum Zwecke der Sicherung des Anspruchs auf Herausgabe des Nachlasses durch den Richter im Wege des Arrestes oder der einstweiligen Verfügung die gerichtliche Inventur des Nachlasses gegen den Besitzer angeordnet werden könnte. Die Voraussetzungen für eine solche Anordnung sind jedoch hier nicht vorliegend. Der B. R. hat den § 436 a. a. O., wie aus dem Zusammenhange sich ergiebt, in welchem derselbe mit den vorhergehenden und nachfolgenden Bestimmungen (§§ 420 bis 442) steht, richtig ausgelegt: Diese Gesetzesvorschrift bezweckt nur die Regelung des Verhältnisses zwischen dem Erben und den Erbschaftsgläubigern oder Vermächtnißnehmern. Nach derselben wahrt sich der Erbe die Rechtswohlthat des Inventars, wenn er innerhalb der gesetzlichen Frist entweder ein vorschriftsmäßiges Privatinventar bei Gericht niederlegt oder den Antrag auf gerichtliche Aufnahme des Inventars stellt und im letzteren Falle demnächst dasjenige thut, was in seinen Kräften steht, um dem Gerichte die Aufstellung des Inventars zu ermöglichen (zu vergleichen Entscheidungen des Preußischen Obertribunals Bd. 15 S. 108; Striethorst's Archiv Bd. 92 S. 306, 307). Dagegen ist durch jene Vorschrift nicht die Verpflichtung dritter Personen, welche sich im Besitze des Nachlasses befinden, ihrerseits bei der nachgesuchten gerichtlichen Inventur thätig mitzuwirken, zum Ausdrucke gelangt. — Die gegentheilige Auffassung wird auch durch die §§ 246, 253 Thl. I Tit. 12 des A. L. R. nicht unterstützt, auf welche die Revision mit der Ausführung verweist, daß, wenn schon der in einem förmlichen oder privilegirten Testamente eingesetzte Erbe sich die gerichtliche Inventur gefallen lassen müsse, dies um so mehr auf denjenigen zutreffe, der sich ohne Rechtsgrund im Besitze des Nachlasses befinde. Die fraglichen Vorschriften haben den Fall im Auge, wenn von dem Nachlasse noch von keiner Seite Besitz ergriffen ist und es sich um die Ausantwortung desselben an den eingesetzten Erben, dessen Recht bestritten und noch nicht nachgewiesen ist, durch den Richter handelt (zu vergleichen §§ 243, 244, 245, 249 bis 253 ebenda). Für solchen Fall ist angeordnet, daß die Einweisung des Erben in den Besitz erst nach geschehener Aufnahme eines gerichtlichen Inventars erfolgen solle. Aus dieser Anordnung, welche speziell die Sicherung der Erbschaftsprätendenten gegen Verdunkelung der Masse bezweckt, kann ein Argument für die Entscheidung des gegenwärtigen Rechtsstreits, dem ein wesentlich anderes Sach- und Rechtsverhältniß zu Grunde liegt, nicht entnommen werden. IV. C. S. i. S. Prinz Salm und Genossen c. Fürst Salm vom 4. Juni 1888, Nr. 60/88 IV.

21. Die Kl. wollen von der in Frage stehenden Abgabenpflicht an sich nicht befreit sein. Sie behaupten nur, daß das Recht auf die Abgabe nicht den Bekl. zustehe. Hierbei ist zu erwägen, wie mit Grund nicht bezweifelt werden kann, daß ein Rechtstreit darüber, ob ein Gläubigerrecht dem, der es gegen die klagende Partei geltend zu machen sucht, zustehe, wenn mit der Klage behauptet wird, daß nicht die beklagte Partei, sondern ein Dritter der Forderungsberechtigte sei, zwischen dem, der das Gläubigerrecht desjenigen, der es für sich geltend machen will, bestreitet, und dem, der es geltend macht, ohne Theilnahme jenes Dritten an dem Rechtsstreite geführt und zur Entscheidung gebracht werden kann. Denn das Verlangen zu erkennen, daß dem Bekl. ein Recht, das er für sich beansprucht, nicht zusteht, kann sich der Natur der Sache nach auch darauf gründen, daß das fragliche Recht einem Anderen, als dem Bekl. zusteht. Ein in einem solchen Rechtsstreite ergangenes Urtheil wirkt allerdings weder zu Gunsten des Dritten, der an dem Rechtsstreite nicht theilnimmt, noch zu dessen Nachtheile. Er schafft nur Recht zwischen dem Schuldner und dem, der das Gläubigerrecht für sich anspricht, dem es aber vom Schuldner bestritten wird. Hieraus folgt die Grundlosigkeit der mit der Revision vertretenen Auffassung, daß, wenn der Schuldner, der als Kl. seine Befreiung von einer Seitens der beklagten Partei gegen ihn in Anspruch genommenen Reallast durchsetzen will, die Behauptung aufstellt, er sei einem Dritten zu den in Frage stehenden, den Gegenstand der Reallast bildenden wiederkehrenden Leistungen verpflichtet, gegen den Bekl. nicht mit der Behauptung des Erloschenseins des Rechtes durch Nichtgebrauch gehört werden, und daß ein Gläubigerrecht überhaupt nicht als erloschen angesehen werden könne, wenn die mit der Behauptung des Nichtbestehens des gegen sie geltend gemachten Gläubigerrechtes auftretende Partei die Behauptung aufstelle, das Gläubigerrecht stehe einem Anderen, als dem Bekl. zu. Ein Gläubigerrecht kann immer nur als Recht der Person in Betracht kommen, die es geltend macht. Es kann sich also bei der Frage der erlöschenden Verjährung eines Gläubigerrechtes nicht nur als ein von der Person des Gläubigers losgelöst gedachtes Recht, sondern um das Recht gerade dieses Gläubigers, der das Recht für sich ausüben will, und um das Erlöschen dieses Rechtes handeln. Das Gläubigerrecht der Partei kann erloschen sein. Und doch kann der Antrag auf diejenigen Leistungen, die den Gegenstand des Rechtes gebildet haben, also inhaltlich dasselbe Recht, in der Art fortbestehen, daß Recht und Anspruch einem anderen Rechtssubjekt erworben ist. Wer ein Recht die Verjährungszeit hindurch nicht geltend macht, verliert auch dann Recht und Anspruch gegen den Verpflichteten, wenn ein Anderer das Recht als ein vermeintliches eigenes Recht ausgeübt hat. Für den Verlust des Rechtes durch Nichtgebrauch ist es aber nicht entscheidend, ob der Andere das Recht seinerseits durch Ersitzung erworben hat, oder ob der Verpflichtete durch Nichtausübung des Rechtes Seitens des Berechtigten innerhalb der Verjährungszeit von der Verpflichtung überhaupt frei geworden ist. IV. C. S. i. S. Kirchengemeinde Trebbin u. Gen. c. Antonius u. Gen. vom 25. Juni 1888, Nr. 93/88 IV.

22. Es kann sich nur fragen, ob der Irrthum, in welchem sich nach den Feststellungen des B. R. die Kontrahenten über die Höhe der auf dem verkauften Grundstück eingetragenen (und vom Käufer zu übernehmenden) Hypotheken befanden, ein solcher ist, welcher den Vertrag entkräftet. Der B. R. hat dies verneint. Er nimmt an, daß der Irrthum nur ein naturale des Kaufvertrages betreffe, indem, falls eine auf das Kaufgeld übernommene Schuld in Wegfall kommt, als Regel eintrete, daß der Betrag, welcher durch Schuldübernahme gedeckt werden sollte, nunmehr baar zu bezahlen sei. Gegen diesen Entscheidungsgrund richten sich in erster Linie die Ausführungen des Kl., welcher Verletzung des § 75 Thl. I Tit. 4, sowie der §§ 1 und 131 Thl. I Tit. 5 und

§ 1 Thl. I Tit. 11 des A. L. R. behauptet. Diese Angriffe sind nicht begründet. Nach § 75 Thl. I Tit. 4 a. a. O. macht ein Irrthum im Hauptgegenstande der Willenserklärung oder im Wesentlichen des Geschäfts die Willenserklärung ungültig. Ein Irrthum in Nebendingen läßt die Gültigkeit der Willenserklärung unberührt. Es geht daher zunächst schon der Rkl. zu weit, wenn er es für gleichgültig erklärt, ob der Irrthum nur ein naturale des Geschäfts betrifft, und die Rechtsunverbindlichkeit des Vertrages darauf gründet, daß der schriftliche Vertrag nicht dem Willen der Parteien entspreche. Indem der Rkl. dann diesen schriftlichen Vertrag in Gegensatz stellt zu dem „wirklich geschlossenen Vertrag" greift er auf den ursprünglich erhobenen, durch die thatsächlichen Feststellungen des B. R. erledigten Einwand: der schriftliche Vertrag sei anders niedergeschrieben als verabredet, zurück, welcher von der Frage, ob die Kontrahenten sich bei der Vertragsschließung in einem die Gültigkeit des Vertrages aufhebenden Irrthum befunden haben, durchaus verschieden ist. Hierbei kommt es lediglich auf den Gegenstand dieses Irrthums an. In dieser Beziehung greift der Rkl. die Annahme des B. R., daß der Irrthum nur ein naturale des Kaufvertrages betreffe, als unrichtig an. Dasselbe betreffe den Kaufpreis. Das ist jedoch nicht richtig, da der Kaufpreis derselbe, nämlich 24 000 M., blieb, gleichviel, wie hoch die Summe der eingetragenen von den Käufern zu übernehmenden Hypotheken sich belief. Nicht der Kaufpreis selbst, sondern nur die Belegung desselben wurde durch den fraglichen Irrthum der Kontrahenten beeinflußt. Die Belegung des Kaufpreises, die besonderen Verabredungen über Zeit, Ort und Art der Tilgung der Kaufgeldobligation sind aber keine nothwendigen Bestandtheile des Kaufvertrages; fehlen sie, oder erweisen sie sich als nicht ausführbar, so tritt an ihre Stelle die Bestimmung des Gesetzes (§ 221 Tit. 11 Thl. I des A. L. R.); mit Recht hat daher der B. R. angenommen, daß der vorgefallene Irrthum nur ein naturale des Kaufvertrages betrifft. Nun kann allerdings auch ein Irrthum bei Regelung der Naturalien des Rechtsgeschäfts das letztere anfechtbar machen, wenn nämlich angenommen werden muß, daß der Vertrag bei Kenntniß des wahren Sachverhalts nicht zu Stande gekommen sein würde. Dies geltend zu machen ist Sache desjenigen, der sich auf den Irrthum berufen hat. Im vorliegenden Falle hat Bekl. nicht behauptet, daß die irrige Annahme, die Summe der eingetragenen Hypotheken betrage 8 664,82 M. (und nicht bloß 7 618 M. 62 Pf.) ihn zum Abschluß des Vertrages bestimmt habe. Um diesen Irrthum aber handelt es sich hier allein. V. C. S. i. S. Kaul c. Kaul vom 27. Juni 1888, Nr. 111/88 V.

23. Der B. R. verletzt die Vorschrift in § 26 Thl. I. Tit. 15 des A. L. R., wonach der redliche Besitzer gegen Zurückgabe der Sache die Erstattung alles dessen fordern kann, was er dafür gegeben oder geleistet hat. Hiernach ist der Erstattungsanspruch an die Voraussetzung geknüpft, daß der redliche Besitzer für die zurückgeforderte Sache etwas gegeben oder geleistet hat, aber daß dies geschehen, beweist der Bekl. zur Genüge, wenn er nachweist, daß der von ihm gezahlte Kaufpreis die zurückgeforderte Sache mit umfaßt hat, also vorliegenden Fall, daß er, wie er behauptet hat, das ganze Grundstück einschließlich des Streitstücks, käuflich erworben habe. Daran, daß das Streitstück nicht bezahlt worden ist, würde selbst der Nachweis nichts ändern, daß der Bekl., wenn er um die Nichtzugehörigkeit des Streitstücks zu dem gekauften Grundstück gewußt hätte, gleichwohl das letztere zu demselben Preise gekauft haben würde, da dies nicht geschehen ist. Nur dann wäre eine andere Beurtheilung geboten, wenn die Kontrahenten den Preis thatsächlich unter Absehen von dem Streitstück vereinbart haben sollten; dies würde aber einem unterschiedslos über das ganze Grundstück mit Einschluß des Streitstücks abgeschlossenen Kaufvertrage gegenüber von dem Kl. zu erweisen gewesen sein. Die Entscheidung des B. R. erweist sich aber aus einem andern Grunde als gerechtfertigt. Nach dem Wortlaut sowohl wie nach dem Sinn der Vorschrift in § 26 Thl. I. Tit. 15 (§ 172 Thl. I. Tit. 11) des A. L. R. hat der redliche Besitzer auf Erstattung seiner Erwerbsaufwendung nur Anspruch gegen Herausgabe der betreffenden Sache, weil er widrigenfalls — abgesehen von etwaigen anderweitig verabredeten Regelungen des zwischen ihm und dem Eigenthümer bestehenden Verhältnisses — Kaufpreis und Kaufsache zugleich nutzen würde, was nach § 109 Thl. I. Tit. 11 A. L. R. unzulässig ist. Um Herausgabe des Streitstücks handelt es sich aber im gegenwärtigen Prozeß nicht, der Kl. verlangt lediglich die Anerkennung seines Eigenthums und nur dazu ist der Bekl. vom B. R. verurtheilt worden. Der Bekl. war darum nicht berechtigt, im Wege der Einrede zu verlangen, daß er eventl. nur zur Herausgabe (die der Kl. garnicht verlangt hat) gegen Erstattung des Kaufpreises verurtheilt werde. Wäre aber auch der gestellte Klagantrag vom Kl. dahin gemeint und vom B. R. dahin aufgefaßt worden, daß der Bekl. auch zur Herausgabe des Streitstücks schuldig sein solle, so wäre auch der Bekl. mit seinem Antrage auf Vergütung seines Erwerbspreises, so wie er denselben vorgebracht hat, mit Recht abgewiesen worden, weil er solchenfalls anzugeben gehabt hätte, welche Vergütung er fordere, nicht aber berechtigt ist, die Herausgabe zu verweigern, bis es ihm gefällt, seinen Vergütungsanspruch zu substantiiren. V. C. S. i. S. Webers c. Hoffmann vom 30. Juni 1888, Nr. 118/88 V.

24. Das B. G. hat festgestellt, daß vertragsmäßig Kl. dem Betriebsunternehmer gewisse städtische Straßen und Plätze zum Gebrauch überlassen habe. Daraus ergiebt sich, daß in Ansehung dieser Straßen und Plätze durch den Vertrag dem Unternehmer ein Recht zum unvollständigen Besitze eingeräumt ist, was dem Wesen des Miethsvertrages entspricht (§ 6 Thl. I. Tit. 7, §§ 258, 229 Thl. I. Tit. 21 des A. L. R.). Daß diesem Vertrage der öffentlich-rechtliche Charakter der Straßen und Plätze, wie die Nichtausschließlichkeit des daran eingeräumten Gebrauchs keineswegs entgegensteht, hat das O. L. G. im Anschluß an das im Preußischen Justizministerialblatt für 1884 S. 209 abgedruckte Urtheil des R. G. vom 7. Juli 1884 ausgeführt, in welchem Urtheile näher dargelegt ist, daß öffentliche Sachen zur Einräumung privater Gebrauchsrechte an denselben unbeschadet ihres öffentlichen Zweckes nicht ungeeignet sind, und daß die Ausschließlichkeit des überlassenen Gebrauchs zu den Kriterien des Miethsvertrages nicht gehört. IV. C. S. i. S. Fiskus c. Stadt Breslau vom 29. Juni 1888, Nr. 95/88 IV.

25. Die Kl. sind als Allodialerben nur berechtigt, die Inventarlegung des Allodialnachlasses, auf welchen sie allein Anspruch haben, also des Inbegriffs von Sachen und Rechten

zu verlangen, welche zu dem der freien Verfügung des Erblassers unterworfenen Vermögen desselben gehören. Unter dieses Vermögen fällt aber das Fideikommiß nicht, wie sich aus der rechtlichen Natur desselben ergiebt (§ 72 Thl. II Tit. 4 des A. L. R.) und auch im Gesetze ausdrücklich ausgesprochen ist (§§ 353, 354 Thl. I Tit. 9 des A. L. R.). Alle Momente, welche die Kl. zur Begründung des Klagebegehrens geltend gemacht haben, hat der B. R. eingehend gewürdigt und zutreffend für unerheblich erachtet. Für die Beurtheilung der streitigen Frage ist es ohne Belang, daß die Nutzungen der Fideikommißgüter aus dem Wirthschaftsjahr, in welchem der Erblasser gestorben ist, antheilsweise den Allodialerben zufallen. Mit Rücksicht hierauf wird zwar der Bekl. bei Legung des Inventars über das Allodialvermögen die fruchttragenden Bestandtheile des Fideikommisses soweit, als es zur Klarstellung der Nutzungen erforderlich ist, näher bezeichnen müssen; hieraus folgt jedoch nicht, daß er verpflichtet ist, über das gesammte Fideikommißvermögen, zu welchem auch nicht fruchttragende Gegenstände gehören können, ein Inventar zu legen. Solches ergiebt sich auch nicht aus § 358 Thl. I Tit. 9 des A. L. R., auf welchen klägerischerseits Bezug genommen wird. Denn derselbe bestimmt nur, daß die Lehns- und Fideikommißberechtigten und die Eigenthümer fremder im Nachlasse befindlicher Gegenstände sich nicht der Selbsthülfe bedienen dürfen, um zu ihrem Rechte zu gelangen, sagt dagegen nicht, daß der einseitig in den Besitz des Fideikommisses gelangte Fideikommißfolger über den Umfang desselben Auskunft zu geben habe. Ebensowenig steht den Kl. der § 207 Thl. II Tit. 4 des A. L. R. zur Seite. Derselbe geht zwar davon aus, daß die Allodialerben die Ausschichtung des Fideikommisses aus dem Nachlasse zu bewirken haben; aber auch aus dieser Anordnung kann nicht entnommen werden, daß der Fideikommißfolger, der den Besitz des Fideikommisses ohne spezielle Anweisung der Allodialerben erlangt hat, diesen gegenüber zur Inventarisirung der zum Fideikommiß gehörigen Gegenstände verbunden ist. Endlich können sich die Kl. auch darauf nicht berufen, daß die Präsumtion für die Allodialqualität spricht; denn diese Präsumtion ist nur von Erheblichkeit, wenn es sich um die Frage handelt, ob bestimmte Gegenstände zum Allod oder zum Fideikommiß gehören, und könnte daher erst Bedeutung erlangen, wenn nach von Seiten des Bekl. geschehener Legung des Inventars über das Allodialvermögen zwischen diesem und den Allodialerben über die Vollständigkeit desselben Streit entstehen sollte. IV. C. S. i. S. Prinz Salm u. Gen. c. Fürst Salm vom 4. Juni 1888, Nr. 60/88 IV.

VI. Sonstige Preußische Landesgesetze.

Zum Gesetz vom 11. Mai 1842.

26. Wenn beklagtischerseits zunächst gerügt wird, daß die erhobene Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges unter Verletzung des § 1 des Gesetzes vom 11. Mai 1842 zurückgewiesen sei, — so ist als richtig anzuerkennen, daß das O. L. G., indem es der Anordnung der in Frage stehenden Stromkorrektionsbauten den polizeilichen Charakter absprach, von einer zu engen Bedeutung der bezogenen Vorschrift ausgegangen ist. Das genannte Gesetz, welches an die Bestimmungen der Verordnung vom 26. Dezember 1808 sich anlehnt, faßt den Begriff der polizeilichen Angelegenheiten, als den Gegensatz von Landeshoheits- und Finanzsachen bildend, in einem weiteren Sinne auf, so daß derselbe auch die sogenannte Wohlfahrtspolizei, also namentlich die im Interesse der Landeskultur ergehenden Anordnungen der Verwaltungsbehörden begreift. In den Kreis der letzteren fallen unbedenklich auch die hier in Betracht kommenden Stromregulirungsbauten, und ist deshalb jener Annahme des O. L. G. nicht beizupflichten. (Vergl. Oppenhoff, Ressortgesetze pag. 3 seq. not. 5, pag. 338 not. 5, pag. 341 not. 22 seq.) Damit gelangt man aber nicht zur Aufhebung des angegriffenen Urtheils, da unter der Annahme des O. L. G., daß durch die im öffentlichen Interesse ausgeführten Stromkorrektionsarbeiten ein schädigender Eingriff in das wohlerworbene Privatrecht des Kl. gemacht sei, die für die Entschädigungsklage den Rechtsweg eröffnende Vorschrift des § 4 leg. cit. hier Platz greift. (Oppenhof, leg. cit. pag. 221 not. 23, 11, pag. 354 not. 101.) Steht man aber auf dem Boden der zuletzt genannten Gesetzesbestimmung, so kommt es, wie nicht weiter auszuführen, auf den Nachweis eines Verschuldens der betr. Beamten als Voraussetzung für die Begründung der Klage nicht mehr an. II. C. S. i. S. Fiskus c. Prinz Arenberg vom 6. Juli 1888, Nr. 134/88 II.

Zum Enteignungsgesetz.

27. Was die Frage betrifft, ob auch dem unbebaut gewesenen Terrain die Eigenschaft eines Bauplatzes bei der Werthsberechnung beizumessen sei, so erscheint auch hier die Revisionsbeschwerde nicht ohne Grund. Es steht nämlich die Erwägung des B. R., „daß der Kl. diese Fläche bereits im Jahre 1885, also mit der durch den Bebauungsplan festgesetzten Beschränkung erworben und daß eine Cession der etwaigen Rechte seines Vorbesitzers an ihn nicht stattgefunden hat", augenscheinlich im Widerspruch mit dem in der Entscheidung des R. G. Bd. VI S. 295 aufgestellten und seither festgehaltenen Grundsatz, daß die aus einem behördlich festgestellten aber nicht publizirten Bebauungsplan sich ergebenden Beschränkungen des Eigenthums erst mit der nachträglichen Publikation oder in deren Ermangelung mit der Anwendung im Einzelfalle in rechtliche Wirkung treten, so daß Derjenige entschädigungsberechtigt wird, in dessen Besitzzeit die fragliche Beschränkung in der angegebenen Art rechtliche Existenz gewinnt, gleichviel, ob demselben die thatsächliche Existenz des Bebauungsplans schon vorher bekannt war oder nicht. V. C. S. i. S. Klingenberg c. Stadt Berlin vom 2. Juli 1888, Nr. 81/88 V.

28. Wenn Rkl. den Angriff erheben, daß die erwähnte bauliche Einrichtung mit der Expropriation in keinem ursächlichen Zusammenhange stehe, überhaupt nicht in das Verfahren derselben gehöre, dabei auf den Satz sich stützend, daß, wenn es sich um die Anwendung des § 8 Abs. 2 des Enteignungsgesetzes handle, nur die aus der Enteignung als solcher entstehenden Nachtheile, nicht aber auch diejenigen, welche in der ausgeführten Bahnanlage ihren Grund hätten, in Betracht kommen könnten — so befindet sich dieser Satz mit der richtigen, auch vom R. G. anerkannten Auffassung des Gesetzes nicht im Einklange, und erledigt sich damit der geltend gemachte Angriff. Vergl. Entscheidungen des R. G. Bd. XIII pag. 244 seq. und die Citate; Seydel, Enteignungsgesetz, 2. Aufl., pag. 50, 54/55; Eger desgl. pag. 194 seq. 199/201. II. C. S. i. S. Stadt Düsseldorf und Gen. c. Piedboeuf vom 26. Juni 1888, Nr. 79/88 II.

29. Für den Entschädigungsanspruch, welcher darauf gestützt wird, daß die an der Eisenbahn liegende Parzelle des Kl. zwar nicht an ihrem Werthe für die bisherige Benutzungsweise zu Ackerland gelitten habe, wohl aber an ihrer Verwerthbarkeit zur Baustelle, insbesondere zur Baustelle für Wohngebäude, fordert der B. R. mit Recht den Nachweis einer zur Zeit schon vorhandenen sicheren Aussicht auf eine den Werth des Ackerlandes übersteigende Verwerthbarkeit der Parzelle zu jenem besonderen Zwecke, im Gegensatz zu der unsichern Möglichkeit etwaiger künftiger Konjunkturen (vgl. Entscheidungen des R. G. Bd. 17 S. 165) und es trifft ihn nicht der Vorwurf der Verletzung einer Rechtsnorm oder der unvollständigen Berücksichtigung der vorliegenden Behauptungen, wenn er für diesen Nachweis die Anführungen des Kl. nicht als ausreichend erachtet. Aus den Behauptungen des Kl., daß in Poremba großer Mangel an Bauplätzen und Wohnungen herrsche, weshalb Häuser sich gut verzinsten, daß seine Parzelle wegen ihrer Frontlänge an dem sie mit der Chausse verbindenden Damm sich besonders zu Bauplätzen eigne, und daß zu beiden Seiten seiner Parzelle „Gebäude" (Wohnhäuser?) errichtet seien mag zu folgern sein, daß auch auf der Parzelle des Kl. Gebäude errichtet und daß diese (irgendwie) verwerthet werden können. Allein entscheidend würde nur sein, wenn unter Beweis gestellt wäre, daß es nach den örtlichen Verhältnissen angezeigt sei, schon jetzt oder in bestimmbar naher Zeit die Parzelle zu bebauen und daß sie dann sich höher verwerthen würde, denn als Ackerland, oder aber, daß thatsächlich im Verkehre schon Nachfrage nach Grundstücken von der Lage und Beschaffenheit dieser Parzelle sei und daß für solche Grundstücke höhere Preise als die für Ackerland üblichen, gezahlt worden, daß deshalb auch die Parzelle des Kl. einen höheren Werth erlangt habe. Einen nähern Nachweis in dieser Richtung an Stelle der vagen Behauptung, in P. herrsche Mangel an Bauplätzen und Wohnungen, durfte der B. R. um so mehr erwarten, als der Bekl. solche Grundstücke, welche vor dem des Kl. zur Bebauung sich eigneten, bezeichnet hat. In Uebereinstimmung mit dem Vorstehenden ist in dem Erkenntnisse des jetzt entscheidenden Senates vom 30. April 1887 i. S. Schubert c. Altdamm-Colberger Eisenbahngesellschaft V. 48. 87. gesagt worden, daß die Bebauungsfähigkeit eines Grundstücks allein nicht genüge, um sie als Baustelle (— sofern für diese ein höherer Werth als für Ackerland behauptet wird —) auszusprechen, daß vielmehr als zweites Moment hinzukommen müsse, daß der Verkehr bei der Preisregulirung dieses Umstandes sich bemächtigt habe und damit für die Verwerthbarkeit als Baustelle eine sichere Grundlage in der Gegenwart gegeben sei. Neben dem Nachweise solcher Verwerthbarkeit, und jener in naher Zukunft, wird in jenem Erkenntnisse nur das Verlangen als zu weit gehend erklärt, daß gerade für die Parzelle, für welche die Bauplatzeigenschaft behauptet wird, bereits Angebote gemacht sein müßten. Daß, was im vorliegenden Falle behauptet ist, Mangel an Bauplätzen am Orte herrsche, wird dort als ein zwar unter Umständen verwerthbares, nur nicht nothwendiges Argument für die Bauplatzeigenschaft eines bestimmten Grundstücks, nicht aber als allein ausreichender Nachweis dieser Eigenschaft bezeichnet. Hiernach ist nicht erfindlich, wie das angefochtene B. U. mit dem gedachten Erkenntnisse vom 30. April 1887 in Widerspruch stehen soll. V. C. S. i. S. Obet c. Fiskus vom 4. Juli 1888, Nr. 160/88 V.

VII. Das Französische Recht (Badische Landrecht).

30. Das O. L. G. hat ohne Rechtsirrthum angenommen, daß von den Kl., welche unbestritten den Grund und Boden zu der von der Stadt D. übernommenen, zur Zeit der Enteignung bereits mit verschiedenen Häusern versehenen Zimmerstraße hergegeben haben, durch den bezüglichen Vertrag mit der letzteren für ihre anstoßenden Grundstücke ein gesicherter Rechtsanspruch auf das Bestehen der Straße in der vereinbarten graden Richtung erworben worden ist. Es handelt sich bei dieser Annahme um Vertragsauslegung, und die rechtliche Anschauung, von welcher das O. L. G. ausgeht, entspricht den vom R. G. auch für das Gebiet des rheinisch-französischen Rechts gebilligten Grundsätzen. Vergl. Entscheidungen Bd. X pag. 271 und die Citate. II. C. S. i. S. Stadt Düsseldorf und Gen. c. Piedboeuf vom 26. Juni 1888, Nr. 79/88 II.

31. Allerdings schließt sich L. R. S. 854 an die Bestimmung des L. R. S. 853 an, welcher ausspricht, daß nicht etwa jener thatsächlich aus einem Vertrag eines Erben mit dem Erblasser für den Erben erwachsene Gewinn in die Erbmasse einzuwerfen sei. Allein L. R. S. 854 enthält nicht lediglich eine Wiederholung dieses Satzes für das Gebiet der Gesellschaftsverträge zwischen einem Erben und dem Erblasser, sondern er fügt weiter rücksichtlich der äußeren Form des Gesellschaftsvertrags die Beschränkung bei, daß die Bedingungen des Gesellschaftsvertrags durch eine öffentliche Urkunde geregelt sein müßten. Durch diesen Beisatz ist daher andererseits zum Ausdruck gebracht, daß, wenn die Bedingungen des Gesellschaftsvertrags nicht durch eine öffentliche Urkunde geregelt sind, die Vortheile aus dem Gesellschaftsvertrage zwischen einem Erben und dem Erblasser von dem Erben ohne Weiteres, also auch ohne den Nachweis einer Liberalitätshandlung, eingeworfen werden müssen. Das Gesetz geht davon aus, es sei bei dem Mangel der öffentlichen Form eines Gesellschaftsvertrags des Erblassers mit einem Erben die Möglichkeit der Begünstigung eines Erben vor dem anderen Erben gegeben und hat daher an den Abschluß des Gesellschaftsvertrags zwischen dem Erblasser und einem Erben ohne öffentliche Urkunde die Folge der Einwerfung der Vortheile aus dem Gesellschaftsvertrag geknüpft. Ob eine derartige gesetzgeberische Maßnahme zweckmäßig war oder nicht, ist gegenüber dem in dem Gesetze selbst zum Ausdruck gelangten Willen des Gesetzgebers für die Auslegung und Anwendung des Gesetzes nicht entscheidend. Der Mangel der öffentlichen Form des Gesellschaftsvertrags wird auch nicht etwa, wie der Vertreter der Bekl. auszuführen suchte, dadurch gedeckt, daß der Vermögensauslieferungsvertrag vom 23. November 1885 in öffentlicher Urkunde ausgefertigt wurde. Wenn das Gesetz daran, daß die Bedingungen des Gesellschaftsvertrags nicht in öffentlicher Urkunde bestimmt wurden, die oben bezeichnete Folge der Einwerfung der Vortheile aus demselben knüpft, so tritt diese Wirkung des Mangels der öffentlichen Form sofort ein; die bereits eingetretene Wirkung kann daher nicht durch eine spätere Regulirung der Gesellschaftsverhältnisse in öffentlicher Form (welche nur für zukünftige Gesellschaftsverhältnisse von Belang sein könnte) wieder aufgehoben werden, ebensowenig aber durch einen sogar erst nach

Auflösung der Gesellschaft aufgenommenen öffentlichen Akt. II. C. S. i. S. Wormser c. Nordemann vom 3. Juli 1888, Nr. 113/88 II.

32. Die Frage, ob Art. 1384 des B. G. B. auch dann zur Anwendung komme, wenn es sich bei der Thätigkeit des Beamten nicht um einen industriellen Betrieb, sondern um die Ausübung der Staatshoheit gehandelt hat, ist vom R. G. schon in einer Reihe von Entscheidungen bejaht worden. Ebenso hat dasselbe schon mehrfach ausgesprochen, daß durch das Reichsgesetz vom 27. Juni 1871, betreffend die Militärpensionen u. s. w. die Vorschrift des Art. 1384 des B. G. B., soweit es sich um die Haftung des Staats für unerlaubte Handlungen von Beamten handelt, nicht berührt worden ist. Von dieser Auffassung abzugehen, geben die Ausführungen des Rkl. keine Veranlassung. Vielmehr ist in beiden Richtungen den Ausführungen des B. G., welches sich der Rechtsprechung des R. G. angeschlossen hat, zuzustimmen. II. C. S. i. S. Reichsfiskus c. Burkard vom 3. Juli 1888, Nr. 139/88 II.

33. Der von dem B. G. angerufene § 236 Abs. 3 der C. P. O. trifft zwar nicht zu, da der Vorprozeß noch nach dem älteren Verfahren durchgeführt wurde, die Vorschriften der C. P. O. sonach bezüglich der Wirkungen des dem Cedenten gegenüber ergangenen Urtheils nicht maßgebend sind. Aber die Annahme des O. L. G. ist auch nach den im französischen Recht geltenden Grundsätzen gerechtfertigt, in dem der Cessionar hienach dem Arrestgläubiger weichen muß, dessen Arrest vor der Cession angelegt und dem Schuldner gegenüber für gültig erklärt worden ist. Da nun dem Cessionar ein selbstständiges Recht nicht zusteht, er vielmehr seine Rechte lediglich von dem Cedenten ableitet, kann derselbe auch nicht mit Erfolg geltend machen, er sei in dem Arrestprozeß nicht Partei gewesen, muß vielmehr das dem Cedenten gegenüber ergangene Urtheil, dessen Richtigkeit hiernach nicht mehr nachzuprüfen ist, als bindend anerkennen. II. C. S. i. S. Thirolf c. Pathe vom 6. Juli 1888, Nr. 129/88 II.

34. Die Verpflichtung eines Gewalthabers zur Rechnungsablage (L. R. S. 1993) wird nicht erschöpft durch eine bloße Aufstellung von Einnahmen und Ausgaben, sondern sie umfaßt auch die Verpflichtung, Belege hierfür vorzulegen und so den Gewalthaber in die Lage zu versetzen, die Richtigkeit der bezüglichen Posten zu prüfen. Es handelt sich hierbei nicht etwa um die Normirung einer allgemeinen und ausnahmslosen Verpflichtung, Belege herbeizuschaffen, sondern darum, daß der Gewalthaber solche Belege vorzulegen habe, welche im einzelnen Fall nach der jeweiligen Art des Rechnungspostens entstanden sind und hiernach dem Gewalthaber zu Gebote stehen. Es ist daher in dieser Beziehung das oberlandesgerichtliche Urtheil aufzuheben und die hierauf bezügliche Bestimmung des landgerichtlichen Urtheils wieder herzustellen (ohne daß jedoch hierwegen auch eine Aenderung der zweitinstanzlichen Bestimmung hinsichtlich der Kostentragung geboten erscheint). II. C. S. i. S. Wormser c. Nordemann vom 3. Juli 1888, Nr. 113/88 II. M.

Personal-Veränderungen.

Zulassungen.

Carl August Friedrich Wilhelm Arno beim Landgericht Weimar; — Meißner beim Amtsgericht Kosten; — Paul Salzmann beim Amtsgericht Apolda; — Paul Franz Grzimek beim Landgericht Neiße; — Dr. Jakob Kohnstamm beim Oberlandesgericht München; — Oskar Schüler beim Amtsgericht Spremberg.

Löschungen.

v. Fabiankowski beim Landgericht Bromberg; — Justizrath Otto Bernh. Daechsel beim Amtsgericht Sangerhausen; Oskar Schüler beim Landgericht Berlin I; — Meißner beim Amtsgericht Graetz; — Dr. Jacob Kohnstamm beim Landgericht München I. — W. Hansen beim Amtsgericht Itzehoe; — Dr. Franz Troll beim Landgericht München II.

Für die Redaktion verantw.: S. Haenle. Verlag: W. Moeser Hofbuchhandlung. Druck: W. Moeser Hofbuchdruckerei in Berlin.

№ 40 und 41. Berlin, 6. August. 1888.

Juristische Wochenschrift.

Herausgegeben von

S. Haenle, Justizrath, Rechtsanwalt in Ansbach. und **M. Kempner,** Rechtsanwalt beim Landgericht I. in Berlin.

Organ des deutschen Anwalt-Vereins.

Preis für den Jahrgang 20 Mark. — Inserate die Zeile 40 Pfg. — Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt.

Inhalt.

Aufsätze für die Juristische Wochenschrift, welche acht Spalten überschreiten, können nur ausnahmsweise angenommen werden. Aufsätze, welche sich auf Angelegenheiten des Anwaltstandes und die Reichsjustizgesetze beziehen, erhalten den Vorzug. Die Redaktion.

Vereinsnachrichten.

Der erste Band der Entscheidungen des Ehrengerichtshofes ist vergriffen. Der Vereinsvorstand würde einen Neudruck veranstalten, wenn 400—500 Vereinsmitglieder sich bereit erklärten, den Band zum Preise von 3 Mark abzunehmen. Ich bitte die interessirten Herren Vereinsmitglieder um gefällige Erklärung. Sollte der Neudruck nicht ausführbar sein, so wird der Vereinsvorstand durch Ankauf von einzelnen Exemplaren bei den Erben verstorbener Mitglieder dem Seitens vieler jüngeren Vereinsmitglieder ausgesprochenen Verlangen nach dem Besitze des ersten Bandes zu genügen suchen.

Bekanntmachung über das Ergebniß der Meldungen erfolgt am 1. Oktober 1888.

Leipzig, 23. Juni 1888.

Mecke, Schriftführer.

Vom Reichsgericht.*)

Wir berichten über die in der Zeit vom 23. bis 31. Juli 1888 ausgefertigten Erkenntnisse.

I. Die Reichsjustizgesetze.

Zur Civilprozeßordnung.

1. Der Bekl. hat eine Widerklage, wenn auch nur eventuell erhoben und L. G. über diese Widerklage erkannt, das O. L. G. hat die gegen das die Widerklage abweisende erstinstanzliche Urtheil eingelegte Berufung zurückgewiesen. Daß also eine Widerklage als nicht erhoben anzusehen sei, weil der Fall nicht eingetreten sei, für welchen sie erhoben wurde, läßt sich nicht sagen. Andererseits hat der Bekl. die Klagforderung nicht bezahlt, er ist durch das Urtheil der Kammer für Handelssachen zur Zahlung verurtheilt. Aus welchem Grunde Bekl. nicht gezahlt hat, kommt bei Beurtheilung der Frage, daß die Klagforderung im Prozeß befangen gewesen ist, nicht in Betrag. Hiernach hat der erstinstanzliche Richter mit Recht angenommen, daß das Streitobjekt sowohl den Gegenstand der Klage als den Gegenstand der Widerklage bildeten. Beide waren zusammenzuzählen, um den Streitwerth festzustellen. I. C. S. i. S. Opitz c. Weigert vom 11. Juli 1888, B. Nr. 40/88 I.

2. Die Entscheidungsgründe des B. U. geben der Auffassung Raum, es gehe das B. G. von der Ansicht aus, daß ein rechtlicher Zusammenhang des mit der Widerklage verfolgten Anspruchs mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruch im Sinne des § 33 der C. P. O. nur dann bestehe, wenn der mit der Widerklage verfolgte Anspruch auch vertheidigungsweise als *Einrede* gegen den Klaganspruch geltend gemacht werden könne. Eine solche Anschauung des B. G. wäre rechtsirrthümlich. Vielmehr liegt auch *ohne* die erwähnte Voraussetzung ein rechtlicher Zusammenhang des Widerklaganspruchs mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruch *dann* vor, wenn beide Ansprüche aus dem *gleichen* Rechtsverhältnisse hervorgehen. Wenn es nun auch nicht ausgeschlossen ist, daß in der nämlichen Vertragsurkunde zwischen denselben Parteien *mehrerlei* Gegenstände geregelt werden *können*, die an sich *keinen* rechtlichen Zusammenhang unter einander haben, so liegt doch das nämliche Rechtsverhältniß dann vor, wenn die einzelnen Bestimmungen eines Vertrags, auf deren eine sich der Anspruch der Klage und auf deren andere sich der Anspruch der Widerklage stützt, nach dem Willen der Vertragschließenden ein untrennbares, *einheitliches* Rechtsgeschäft bilden. II. C. S. i. S. Gieser c. Gieser vom 13. Juli 1888, Nr. 142/88 II.

3. Die von dem B. R. in Bezug genommene Dienstanweisung ist weder von einer der Parteien dem Richter vorgetragen, noch von dem Richter den Parteien vor der Urtheilseröffnung in der mündlichen Verhandlung eröffnet. Die Akten ergeben, daß nach der mündlichen Verhandlung vom 26. März 1888

*) Nachdruck ohne Angabe der Quelle verboten.

die Handelskammer zu X. dem Sekretär des O. L. G. die Dienstanweisung übersandt hat. Erst aus den Gründen des Urtheils erfahen die Parteien, daß ihnen die vom Gericht eingeholte Auskunft zur Einsicht offen stehe. Dieses Verfahren verstößt gegen die Grundsätze der Mündlichkeit und des den Parteien zu gewährenden rechtlichen Gehörs. I. C. S. i. S. Freund c. Burchard vom 4. Juli 1888, Nr. 168/88 I.

4. Da das B. G. auf Grund der erhobenen Beweise festgestellt hat, daß die Zustellung der Klageschrift an den Portier W. am 23. Juli 1887 Abends $7^{3}/_{4}$ Uhr erfolgt ist, daß die Geschäftsstunden der beklagtischen Gesellschaft regelmäßig um 6 Uhr Abends ihr Ende erreichen und daß auch am 23. Juli 1887, wie dem Gerichtsvollzieher B. auf dessen Erkundigung von dem W. ausdrücklich mitgetheilt war, um 6 Uhr beendigt waren, so hat das B. G. mit Recht angenommen, daß die an den W. erfolgte Ersatzzustellung den Vorschriften des § 169 C. P. O. nicht entspricht, und daher, selbst wenn der W. als ein Beamter oder Administrator der beklagten Gesellschaft anzusehen und die Zustellung derselben im Geschäftslokale derselben geschehen sein sollte, als eine ordnungsmäßige und wirksame nicht zu betrachten sei. Die hiergegen von dem Kl. erhobenen Angriffe erscheinen nicht begründet. Nach § 169 cit. wird nicht, wie der Kl. ausführt, zugelassen, daß wenn der Vorsteher eines Personenvereins rc. in dem Geschäftslokale nicht angetroffen wird oder an der Annahme verhindert ist, die Zustellung an einen anderen im Geschäftslokale anwesenden Beamten oder Bediensteten bewirkt werden kann und nur als Regelfall, in welchem dieses möglich sein wird, die Vornahme der Zustellung während der gewöhnlichen Geschäftsstunden gedacht, so daß auch eine Zustellung außerhalb der gewöhnlichen Geschäftsstunden zulässig und wirksam wäre, sofern sie möglich ist, sondern es wird nach § 169 C. P. O. eine Ersatzzustellung an einen anderen Beamten oder Bediensteten der in § 169 erwähnten Behörden, Gemeinden, Korporationen und Personenvereine nur dann gestattet, wenn der Vorsteher oder Vertreter derselben in dem Geschäftslokale *während der gewöhnlichen Geschäftsstunden* nicht angetroffen oder an der Annahme verhindert ist. Es kann daher eine Ersatzzustellung an einen anderen im Geschäftslokale anwesenden Beamten oder Bediensteten nur während der gewöhnlichen Geschäftsstunden wirksam geschehen. Ob eine derartige Ersatzzustellung als ordnungsmäßig vorgenommen zu erachten sei, wenn zur Zeit ihrer Vornahme zwar die regelmäßig bestehenden Geschäftsstunden abgelaufen waren, der Geschäftsbetrieb aber noch fortgedauert hat, kann dahin gestellt bleiben, weil feststeht, daß am 23. Juli 1887, an welchem Tage die Zustellung der hier in Frage stehenden Klageschrift erfolgt ist, die Geschäftsstunden der beklagten Gesellschaft bereits vor der Vornahme der Zustellung ihr Ende erreicht hatten und dieses dem Gerichtsvollzieher auf dessen Erkundigung ausdrücklich mitgetheilt worden war. Das B. G. hat aber auch, in Uebereinstimmung mit dem L. G. mit Recht angenommen, daß dieser Mangel der Zustellung der Klageschrift nicht dadurch geheilt worden sei, daß, wie feststeht, die Klageschrift nachträglich in die Hände des Adressaten, des Direktors der beklagten Gesellschaft gelangt ist, da die Bekl. diesen Mangel gerügt hat und also die Vorschrift in § 269 C. P. O. keine Anwendung findet. Wenn auch der Zweck einer jeden Zustellung, wie der Kl. hervorhebt, in der Uebergabe des Schriftstücks an den Adressaten besteht, so kann doch daraus, daß dieser Zweck erreicht ist, wenn das zuzustellende Schriftstück überhaupt und rechtzeitig in die Hände des Adressaten gelangt ist, nicht gefolgert werden, daß die unter Nichtbeachtung der in der C. P. O. über die Zustellung gegebenen Vorschriften vorgenommene Zustellung dennoch für wirksam zu erachten sei. Das B. G. geht vielmehr mit Recht davon aus, daß die in den §§ 152 ff. C. P. O. über die Förmlichkeiten der Zustellung enthaltenen Vorschriften nicht bloß instruktioneller und reglementarischer Natur seien, daß vielmehr ihre Beachtung die Gültigkeit der Zustellung bedinge, soweit nicht im Gesetze ausdrücklich Ausnahmen gemacht worden sind. Der Senat schließt sich bezüglich der Frage der Heilung der Formmängel der Ersatzzustellung durch nachträgliche Uebergabe des zuzustellenden Schriftstücks an den Adressaten den Ausführungen des I. C. S. des R. G. in dem Urtheile vom 12. November 1884 (vergl. Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. 14 S. 339) an. III. C. S. i. S. Kniephoff c. Hannov. Eisengießerei vom 3. Juli 1888, Nr. 134/88 III.

5. Nach dem Prinzip der freien Beweiswürdigung (§ 259 der C. P. O.) kann das Gericht nach seiner Ueberzeugung auf Grund des gesammten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme entscheiden, ob eine thatsächliche Behauptung für wahr oder nicht wahr zu erachten ist. Wie die Worte „*etwaige* Beweisaufnahme" ergeben, *kann* der Richter diese Entscheidung auch *ohne* eine Beweisaufnahme treffen, in so ferne er die Ueberzeugung von dem Wahr oder Nichtwahr einer streitigen Thatsache schon durch den Inhalt der mündlichen Verhandlung erlangt hat. Wenn nun das B. G. auf Grund des Erfahrungssatzes, daß derartigen Reversen, wie dem vorliegenden vom 26. August 1884, mündliche Beredungen vorauszugehen pflegen, sowie in der Erwägung, daß der Revers vom 26. August 1884 nichts für die vom Bekl. behauptete Eigenthumsübertragung ergebe, während andererseits dieser Revers einen nach allen Seiten hin verständlichen Inhalt erhalte, wenn eine solche Beredung, wie Kl. sie behaupte, der Ausstellung des Reverses vorausgegangen sei, zu der Annahme gelangt, daß eine so große innere Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der klägerischerseits behaupteten Vorberedung vorliege, welche es rechtfertige, dem Kl. einen Eid über dieselbe aufzuerlegen, so bewegt sich das B. G. dabei vollständig innerhalb der dem Gericht durch den § 259 der C. P. O. gezogenen Grenzen. III. C. S. i. S. Lassen c. Feltze vom 13. Juli 1888, Nr. 102/88 III.

6. Die Gründe des B. R. lauten: „Man müsse „*nach der Fassung des Vertrags und aller sonstigen in Betracht kommenden Umstände*" zu der Auffassung gelangen, daß, während im Uebrigen der 1. Juni 1887 als Zahlungstag (soll wohl heißen: Erfüllungstag) für die beiderseitigen Leistungen in Aussicht genommen, die Frage nach dem Rücktrittsrechte wegen Verweigerung der Konzession zur Schankwirthschaft in keinerlei Beziehung zu diesem Tage habe gesetzt werden sollen, für den Fall also, daß dem Bekl. seitens der Behörde unmöglich gemacht werde, im Kaufgrundstücke dasjenige Gewerbe zu treiben, welches zu treiben er beabsichtigte, der Bekl. *unter allen Umständen und zu jeder Zeit* von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch machen dürfe." Diese Ausführung verstößt gegen die §§ 259 und 513 Nr. 7 der C. P. O. Sie läßt nicht erkennen, ob der B. R.

auf Grund von Thatsachen oder von Rechtsnormen zu der vorliegenden Feststellung gelangt ist, und es läßt sich darum nicht prüfen, ob nicht Verstöße gegen Interpretationsregeln seine Entscheidung beeinflußt haben und ob von ihm in der That nur solche Umstände in Betracht gezogen worden, welche Gegenstand der Verhandlung gewesen sind. Mit Recht hebt die Revision hervor, daß die einzelnen Momente, die für die richterliche Ueberzeugung bestimmend gewesen sind, anzugeben waren. V. C. S. i. S. Jaeger c. Kramer vom 4. Juli 1888, Nr. 119/88 V.

7. Das angefochtene Urtheil kann nicht als ein dem § 276 der C. P. O. entsprechendes Zwischenurtheil gelten. Wie bereits mehrfach vom R. G. entschieden ist, kann über den Grund einer Einrede, insbesondere auch der Kompensationseinrede nicht vermittelst eines Zwischenurtheils im Sinne des § 276 cit. entschieden werden. Schon aus diesem Grunde müßte der Revision jedenfalls insoweit stattgegeben werden, als sie sich auf die Entscheidung über die Kompensationseinrede bezieht und es könnte nur in Frage kommen, ob dieselbe insoweit zurückzuweisen ist, als in dem B. U. über den Grund der Widerklage erkannt ist. Abgesehen von der höchst unzweckmäßigen Zerreißung des Prozeßstoffes die hierdurch herbeigeführt werden würde, spricht aber gegen eine solche theilweise Aufrechthaltung des B. U. die mit dem § 276 nicht in Einklang stehende Fassung desselben. Es entspricht nicht dem Begriff der Vorabentscheidung nach § 276 der C. P. O., wenn nach der Art des früheren Hannoverschen Interlokuts zuerst der Schadensanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und sodann über die diesem Anspruch ebenfalls dem Grunde nach entgegengesetzten Einreden befunden wird. Vielmehr kann eine derartige Vorabentscheidung nur dann getroffen werden, wenn angenommen wird, daß der geltend gemachte Anspruch nicht durch Einreden elidirt wird. Wie das angefochtene Urtheil gegenwärtig lautet, stehen die Entscheidung zu 1 und 3 mit einander in Widerspruch, da es nach dem Decisum zu 3 nicht ausgeschlossen sein würde, daß bei der Fortsetzung des Prozesses im Fall der Ableistung des daselbst normirten Eides noch neue den Grund des Schadensanspruchs betreffende Einreden vorgebracht werden. III. C. S. i. S. Hansen c. Brandes vom 9. Juli 1888, Nr. 171/88 III.

8. Wenn der Kl. in dem Termin zur mündlichen Verhandlung nicht erscheint, so ist nach § 295 der C. P. O. auf Antrag das Versäumnißurtheil dahin zu erlassen, daß der Kl. mit der Klage abzuweisen sei. Wird dagegen der Antrag auf Erlaß des Versäumnißurtheils — wie solches im vorliegenden Falle in Betreff des in dem Termine vom 23. November 1886 seitens des Bekl. gestellten Antrags geschehen ist — zurückgewiesen, so unterliegt dieses Endurtheil dem Rechtsmittel der Berufung (§ 472 der C. P. O.). Vor dem B. G. aber ist der Rechtsstreit in den durch die Anträge bestimmten Grenzen von Neuem zu verhandeln (§ 487) und nicht bloß das Verfahren auf die Frage zu beschränken, ob die Zurückweisung des Antrages auf Erlaß des Versäumnißurtheils berechtigt oder unberechtigt war. Das B. G. hat daher mit Recht die Entscheidung in der Sache selbst getroffen und dies wäre selbst dann richtig, wenn anzunehmen wäre, daß das Verfahren I. J. an einem wesentlichen Mangel gelitten hat, da der § 501 der C. P. O. dem B. G. auch in einem solchen Falle nur die Befugniß giebt, die Sache an das Gericht I. J. zurückzuverweisen. Das Recht des Bekl. auf Erlaß des Versäumnißurtheils gegen den in dem Verhandlungstermine ausgebliebenen Kl. beschränkt sich auf die betreffende Instanz. Das B. G. hat hiernach ein Recht der Erörterung und Entscheidung der Frage, ob wegen Nichterscheinens der Kl. in dem Verhandlungstermine vor dem L. G. am 23. November 1886 nach § 295 oder nach § 296 der C. P. O., welcher den Fall betrifft, wenn der Kl. gegen den im Termine zur mündlichen Verhandlung ausgebliebenen Bekl. das Versäumnißurtheil beantragt, zu verfahren und welche Partei dabei als Kl. und als Bekl. anzusehen, dahingestellt gelassen. IV. C. S. i. S. Pohl c. Pohl vom 9. Juli 1888, Nr. 108/88 IV.

9. Begründet ist die Revision, insofern sie die Verletzung des § 435 der C. P. O. wegen Verwerfung der vorbehaltenen Eideszuschiebung rügt. Beklagt ist inhaltlich der Klage und der Verhandlungen Ludwig K. II als Vertreter seines minderjährigen Sohnes; der Vater allein konnte auch, da Minderjährige der Regel nach nicht prozeßfähig sind, nach § 50 und fg. der C. P. O. für seinen Sohn als dessen gesetzlicher Vertreter verklagt werden. Nach § 435 cit. gilt aber ein solcher Vertreter in Bezug auf die Eideszuschiebung selbst als Partei und es kann demselben ein Eid in doppelter Richtung zugeschoben werden, sowohl über seine, des Vertreters eigne Handlungen oder Wahrnehmungen, als auch über solche der von ihm vertretenen Partei. Vergl. Entscheidungen des R. G. Bd. 15 Nr. 73 S. 304, 305. Im vorliegenden Falle hat nun die Kl. dem Prozeßgegner allgemein den Schiedseid über die behauptete väterliche Einwilligung zum Verlöbnisse mit dem minderjährigen L. K. zugeschoben und es erkennt der B. R., indem er die Frage, ob der Vater dem Bruder der Kl. gegenüber sein Einverständniß mit der Verlobung erklärt habe, an, daß nach dem Hessischen Gesetze vom 18. April 1877 nicht eine unmittelbar den Verlobten gegenüber abgegebene Erklärung der zur Einwilligung Berechtigten erforderlich sei, daß vielmehr hierbei die allgemeinen Grundsätze über Willenserklärungen als maßgebend betrachtet werden müßten. Hiervon ausgegangen, erscheint es nur als eine eigne Handlung des gesetzlichen Vertreters des prozeßunfähigen Bekl., wenn derselbe, sei es seinem Sohn, sei es der Kl., sei es Dritten gegenüber in ernstlicher Weise vor der Klaganstellung sein Einverständniß mit dem stattgehabten Verlöbnisse zu erkennen gegeben hat und es ist die Eideszuschiebung an den Vater hierüber nach § 410 der C. P. O. zulässig. Die Erwägungen des Vorderrichters, wonach eine an den beklagten Sohn erfolgte Eideszuschiebung in Frage stehe, treffen hiernach nicht zu; ob diesem eventuell nach § 435 Abs. 2 der C. P. O. an der Stelle seines Vaters der Eid angetragen werden könnte, würde nur zu entscheiden sein, wenn die Kl. einen besonderen Antrag in dieser Richtung gestellt hätte. III. C. S. i. S. Heberer c. Knecht vom 3. Juli 1888, Nr. 90/88 III.

10. Nur ein besonders qualifizirter Anspruch gewährt nach § 555 fg. der C. P. O. das Recht im Urkunden- oder Wechselprozesse, unter Ausschließung der nicht liquiden und der nicht mit den im Urkundenprozesse zulässigen Beweismitteln liquid zu stellenden Einreden, ein vorläufiges, zur Zwangsvollstreckung geeignetes Urtheil zu erwirken. Die Frage aber, ob der Gläubiger ein solches Recht hat, steht in dem Verfahren über die negative

Feststellungsklage nicht zur Entscheidung, die Anhängigkeit dieser, auf Feststellung des Nichtbestehens des dem Klaganspruche zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses gerichteten Klage steht daher nach den über die Rechtshängigkeit geltenden allgemeinen Grundsätzen einer Klage im Urkundenprozesse nicht entgegen. Mit der dem Urkundenprozesse vorausgehenden, von der Bekl. angestellten negativen Feststellungsklage werden anticipando die Einwendungen geltend gemacht, deren Ausführung in dem im Urkundenprozesse ergehenden Urtheile vorbehalten werden müßte. Erreicht der Kl. durch die Feststellungsklage ein den Anspruch des Gegners verneinendes rechtskräftiges Urtheil, bevor im Urkundenprozesse gegen ihn geklagt wird, so gewinnt er damit allerdings für den Urkundenprozeß eine die Klage beseitigende Einrede. Kann er sich aber nur darauf berufen, daß er im ordentlichen Verfahren seinen Widerspruch gegen den im Urkundenprozesse erhobenen Anspruch durch Anstellung einer Feststellungsklage bereits geltend gemacht habe, so kann er daraus keinen Einwand zur Abwehr eines ihn vorläufig verurtheilenden, zur Zwangsvollstreckung geeigneten Urtheils entnehmen, da die Frage, ob seinem Gegner das Recht auf Erwirkung eines solchen Urtheils zusteht, durch die Anstellung der Feststellungsklage nicht rechtshängig geworden ist. Die Gläubiger, insbesondere die Wechselgläubiger, haben, wenn sie die sämmtlichen zur Begründung ihres Anspruchs erforderlichen Thatsachen durch Urkunden beweisen können, auf die ihnen durch die in den §§ 555 fg. der C. P. O. über den Urkunden- und Wechselprozeß gegebenen Vorschriften gewährte Rechtswohlthat Anspruch, so lange als sie ihnen nicht durch eine rechtskräftige Entscheidung entzogen ist, und es kann ihnen diese Rechtswohlthat nicht durch ein einseitiges Vorgehen des Schuldners namentlich dadurch genommen werden, daß dieser vor Anstellung der Klage im Urkunden- oder Wechselprozesse eine Klage auf Feststellung des Nichtbestehens seiner Verpflichtung anstellt. Wollte man in einem solchen Falle die Einrede der Rechtshängigkeit für begründet erachten, so würde, wie der Rkl. mit Recht hervorhebt, jeder Wechselschuldner durch entsprechende, kurz vor Verfall des Wechsels angestellte negative Feststellungsklage die Wechselklage beseitigen und den Wechselgläubiger dadurch der ihm durch das Gesetz gewährten Vortheile der Wechselklage berauben können, weil dann zur Begründung der Rechtshängigkeit lediglich die Erhebung der Klage genügen würde, ohne daß es darauf ankäme, ob die in § 231 der C. P. O. für die Feststellungsklage gegebene Voraussetzung des rechtlichen Interesses an der alsbaldigen richterlichen Entscheidung über das Nichtbestehen des in Frage kommenden Rechtsverhältnisses vorhanden sei oder nicht. III. C. S. i. S. Würfler c. Konsol. Sellinger Braunkohlenwerk vom 3. Juli 1888, Nr. 132/88 III.

11. Die Bekl. haben bei der Verhandlung vor dem B. G. nachgewiesen, daß gegen die Kl. auf deren in Rede stehende Forderungen bei den Bekl. mehrere Arreste und Pfändungen angelegt sind, und deßhalb beantragt, daß ihre Verurtheilung zur Zahlung an die Kl. nur unter Vorbehalt der Rechte der Arrestgläubiger erfolge. Der B. R. hat diesen Antrag unberücksichtigt gelassen mit der Erwägung, daß die Kl. vor Beseitigung der Arreste Zahlung nicht begehren könnten, dieser Umstand vielmehr eventuell in der Exekutionsinstanz zu erörtern sei. Diese Anschauung ist rechtsirrthümlich. Wenn die Bekl., obgleich sie den vorgedachten Einwand bei der mündlichen Verhandlung vorgebracht und die Anlegung der Arreste nachgewiesen haben, rechtskräftig zur Zahlung ohne Vorbehalt an die Kl. verurtheilt werden, so fehlt ihnen jedes Mittel, sich gegen die Zwangsvollstreckung aus diesem Urtheile zu schützen. Der betreffende Einwand der Bekl. ist gegen den Anspruch selbst gerichtet, den die Kl. mit der Klage verfolge. Dieser Anspruch hat nicht etwa die Feststellung ihrer Forderungen, sondern die Verurtheilung der Bekl. zur Zahlung an die Kl. zum Gegenstande. Die Bekl. haben in Folge der angelegten Arreste und des gemäß §§ 730, 808 C. P. O. an sie erlassenen richterlichen Verbotes, Zahlung an die Kl. zu leisten, ein Recht darauf zu verlangen, daß ihre vorbehaltlose Verurtheilung zur Zahlung an die Kl. nicht ausgesprochen werde. Würden etwa erst nach rechtskräftiger Verurtheilung der Bekl. Arreste gegen die Kl. angelegt werden, so würden die Bekl. in Anwendung des § 686 C. P. O. Einwendung gegen die Zwangsvollstreckung erheben können (vergl. Wilmowski und Levy § 730 Note 2 a. E.); aber eine solche Einwendung würde ihnen, wenn das gegenwärtige Urtheil zur Rechtskraft gelangte, nicht zu Gebote stehen, weil die Gründe, auf welche die Einwendung beruht, vor Erlaß des Urtheils im Sinne des Abs. 2 § 686 entstanden sind. II. C. S. i. S. Meer c. Oesterschmidt u. Gen. vom 13. Juli 1888, Nr. 160/88 II.

Zum Anfechtungsgesetz.

12. Der Rkl. rügt Verletzung des § 7 des A. G. vom 21. Juli 1879, weil der B. R. den vom Kl. vorgelegten Uebertragsvertrag seinem ganzen Inhalte nach „für ungültig" erklärt habe, obgleich er selbst feststelle, daß die Bekl. aus dem Erlöse der gepfändeten Mobilien, um welche es sich im gegenwärtigen Rechtsstreite allein handle, nichts zu ihrer Befriedigung hätten erlangen können. Diese Rüge erscheint begründet. Der B. R. führt aus, daß durch den Vertrag nicht blos die Mobilien des Schuldners, sondern auch die ausstehenden Forderungen desselben an den Kl. übertragen worden seien, daß die Bekl. sich jedenfalls an die Forderungen hätten halten können, und daß, weil der Vertrag als ein untheilbares Ganzes anzusehen sei, derselbe auch nur im Ganzen für unwirksam erklärt werden könne. Auf diese Weise gelangt der B. R. zu dem Resultate, daß er wegen der Möglichkeit des Zugriffs der Gläubiger auf die mitübertragenen Forderungen, um welche es sich jedoch zur Zeit nicht handelt, die bereits stattgefundene Pfändung der Mobilien aufrecht erhält, obgleich er anerkennt, daß durch die Uebertragung der Mobilien selbst die Gläubiger nicht geschädigt sind. Rechtsirrthümlich ist hierbei, daß das in Betracht kommende Rechtsverhältniß zwischen den anfechtenden Gläubigern und dem Anfechtungsbeklagten, als welcher der Kl. hier anzusehen ist, nicht unterschieden wird von dem Rechtsverhältnisse zwischen dem letzteren und dem Schuldner, mit welchem er den angefochtenen Vertrag abgeschlossen hat. Wenn die Frage zu prüfen wäre, ob dem Schuldner gegenüber der Vertrag für ungültig zu erklären sei, so ist es richtig, daß der Vertrag, da nur ein einheitlicher Kaufpreis für die sämmtlichen Vertragsobjekte festgesetzt ist, nur als ein einheitlicher in Betracht kommen und nicht etwa theilweise für gültig, theilweise für ungültig erklärt werden könnte. Aber zwischen dem anfechtenden Gläubiger und dem Anfechtungsbeklagten handelt es

sich überhaupt nicht um die Rechtsgültigkeit des Vertrages, sondern nur um die Frage, in wie weit derselbe dem Gläubiger gegenüber für unwirksam zu erachten sei. Wird er dem Gläubiger gegenüber für unwirksam erklärt, so bleibt er gleichwohl unter den Vertragschließenden selbst zu Recht bestehen. Der Gläubiger aber kann den Vertrag nur insoweit für unwirksam erklären lassen, als sein Anfechtungsanspruch reicht. Der Anfechtungsanspruch reicht aber nicht weiter, als durch die anfechtbare Handlung der Vermögenszustand des Schuldners, wie er vor Vornahme der Handlung bestand, durch dieselbe zum Nachtheil des Gläubigers verändert worden ist. Waren die Mobilien, wie der B. R. festgestellt hat, vor Abschluß des Vertrages bereits durch Verpfändungen von anderen Gläubigern zu ihrem vollen Werthe in Anspruch genommen, so wurden die Bekl. durch Uebertragung dieser Mobilien an den Kl. nicht benachtheiligt und diese Uebertragung ist daher auch ihrem Anfechtungsrechte nicht unterworfen. Vielmehr beschränkt sich dieses Recht auf diejenigen Vertragsobjekte, welche noch ein Befriedigungsmittel für die Gläubiger bieten konnten. Wenn der § 7 des Gesetzes sagt: „Der Gläubiger kann, soweit es zu seiner Befriedigung erforderlich ist, beanspruchen, daß dasjenige, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, als noch zu demselben gehörig von dem Empfänger zurückgewährt werde", so ruht für die hier zur Entscheidung stehende Frage der Nachdruck auf den Worten: „durch die anfechtbare Handlung". Nur soweit die Handlung anfechtbar ist, muß das Objekt des Vertrages zurückgewährt werden. Das ist keineswegs in allen Fällen das ganze Objekt des Vertrages. Schwierigkeiten können in dieser Hinsicht entstehen, wenn das aus dem Vermögen des Schuldners veräußerte Vertragsobjekt selbst ein untheilbarer Gegenstand ist und nun mit Rücksicht auf die theilweise Anfechtbarkeit ein Ausgleich zwischen dem Anfechtungsanspruche des Gläubigers und dem unanfechtbaren Rechte des Gegners aus dem Vertrage getroffen werden muß. Vergl. hierüber Cosack, I. Aufl., § 45 Nr. 6 und Note 27 S. 261. Im vorliegenden Falle ist jedoch eine solche Schwierigkeit nicht vorhanden. Der Kaufvertrag umfaßt verschiedene trennbare Gegenstände. Die Forderungen können zurückgewährt, bezw. dem Zwangsvollstreckungsrechte der Bekl. unterworfen und für angreifbar erklärt werden, während die Mobilien dem Gegner verbleiben. Auf die Einheitlichkeit des Kaufpreises kommt es dagegen für das Rechtsverhältniß zwischen dem Gläubiger und dem Anfechtungsbeklagten überhaupt nicht an. II. C. S. i. S. Herbst c. Wipperfürther Volksbank vom 10. Juli 1888, Nr. 141/203 II.

II. Das Handelsrecht.

13. Nach dem Gesellschaftsvertrag vom 15. März 1880 war die Gesellschaft bis zum 1. Oktober 1882 unkündbar, seit diesem Zeitpunkt bestand sie ohne zeitliche Begrenzung, also auf unbestimmte Dauer. Dem Kl., der im Jahre 1886 aus der Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters in die eines Kommanditisten übergetreten ist, stand demnach zufolge Art. 123, Nr. 6, 124, 170 Abs. 2 H. G. B. die Befugniß zu, die Gesellschaft sechs Monat vor Ablauf des Geschäftsjahres aufzukündigen. Diese Kündigungsbefugniß beruht, wie die Instanzrichter mit Recht annehmen, auf einem öffentlichen Interesse, konnte daher durch den Gesellschaftsvertrag nicht aufgehoben werden. Die Ausführung der Revisionsbegründung, das Gesetz stehe nicht entgegen, bei Gesellschaften von unbeschränkter Dauer Festsetzungen im Gesellschaftsvertrag zu treffen, welche die Vereitelung des Gesellschaftszweckes durch vorzeitige Kündigung zu verhindern bestimmt seien, ist zwar insofern richtig, als bei derartigen Gesellschaften im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich oder mittelbar festgesetzt sein kann, daß die Kündigung vor Erreichung eines gewissen Zweckes ausgeschlossen oder nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sein soll. Dieser Fall liegt hier aber nicht vor. I. C. S. i. S. Rhein u. Comp. c. Schimpf vom 4. Juli 1888 Nr. 160/88 I.

14. Dem Berufungsantrage auf eine Verurtheilung des Bekl. gemäß der Klagbitte ist im angefochtenen Urtheile Folge gegeben, weil das B. G. angenommen hat, daß den Bekl. nach dem R. Ges. vom 24. Juni 1887 die Steuerlast bezüglich der laut Vertrages vom 8/9. Juni 1887 nach dem 1. Oktober 1887 an die Kl. zu liefernden Quantitäten Rübenspiritus treffe, und daß diese Abgabe den Bekl. weder behindere seiner kontraktlichen Verpflichtung zu genügen, noch ihn berechtige, sich derselben zu entziehen. Im B. U. ist zutreffend ausgeführt, daß die Belegung einer Waare mit Steuer dieselbe in ihrer Beschaffenheit als Handelswaare überall nicht berühre, und weder deren Untergang noch ihre Verschlechterung bewirke, so daß Bekl. ungeachtet der zwischen dem Kontraktschluß und der Erfüllung eingetretenen Steuerpflicht die kontraktliche Lieferung ausführen könne. Weiter ist mit Recht aus den §§ 3 und 11 des gedachten R. Ges. die Pflicht des Bekl. zur Zahlung der fraglichen Steuer hergeleitet. Es ist zwar vom Rkl. richtig ausgeführt, daß die Steuerlast keineswegs unbedingt oder regelmäßig den Produzenten treffe, und daß auch eine Tradition des unter Steuerverschluß befindlichen Branntweins möglich sei, wie auch die Motive zum § 3 cit. die Frage offen lassen, ob der Produzent oder der von ihm kaufende Händler oder ein späterer Erwerber die Steuer zu zahlen habe, und in den Ausführungsbestimmungen des Bundesrathes vom 27. September 1887 sub VI zum § 11 cit. anerkannt ist, daß der Käufer durch Stellung betreffender Anträge die Haftung für die Verbrauchsabgabe übernehmen könne; entscheidend ist jedoch hier allein die Frage, welcher der Kontrahenten den Spiritus zwecks Erfüllung des Vertrages zur freien Verfügung erhalten würde. Daß dies im vorliegenden Falle der Bekl. ist, folgt unmittelbar aus seiner kontraktlichen Pflicht zur Lieferung der Waare an die Kl., welcher nicht durch Tradition des unter Steuerverschluß befindlichen Spiritus genügt werden würde, und welche nicht anders erfüllt werden kann, als durch Entnahme der Waare aus dem Steuerverschluß gegen Zahlung der Steuer zum Zwecke der Lieferung. In Betreff der thatsächlichen Bedeutung der hiernach den Bekl. treffenden Steuerlast rügt derselbe mit Recht einen Irrthum des B. R., insofern diese Last als eine zum Sachwerth der verkauften Waare in untergeordnetem Verhältniß stehende Aufwendung bezeichnet. Aus dem beredeten Kaufpreise und dem sich aus § 1 leg. cit. ergebenden Steuerbetrage folgt vielmehr, daß einem Preise der Waare von ca. 85 360 Mark ein Steuerbetrag von 88 000 Mark gegenübersteht, so daß der Bekl. eine um ca. 3 % höhere Steuer zu entrichten hat, als die Summe beträgt, welche er aus dem Verkauf seiner Waare erzielt. Der hierauf nach § 516 Nr. 3

der C. P. O. gegründete Revisionsangriff ist jedoch schon deshalb zurückzuweisen, weil diese Erwägung des B. G. eine nebensächliche ist, auf welcher die getroffene Sachentscheidung nicht beruht. Durch Bezugnahme auf dieses den Bekl. in so erheblichem Maße schädigende Resultat hat derselbe auch die weitere Revisionsbeschwerde zu begründen versucht, mittelst deren er eine Verletzung des Art. 278 des H. G. B. rügt. Indeß auch dieser Angriff ist nicht begründet, denn der Art. 278 cit. enthält keine Auslegungsregel, welche von den Vorschriften des gemeinen Rechtes grundsätzlich abweicht, und bezieht sich seinem Inhalte nach nur auf die Auslegung des *erklärten* Vertragswillens, welcher keinen Anhalt für eine beschränkende Auslegung der vom Bekl. übernommenen Lieferungspflicht bietet, sondern nach dem klaren Ausdruck, welchen er im Bestätigungsschreiben des Bekl. vom 8/9. Juni 1887 gefunden hat, nur in dem vom B. G. angenommenen Sinne verstanden werden kann. III. C. S. i. S. Horney c. Sturm u. Comp. vom 6. Juli 1888, Nr. 102/88 III.

III. Sonstige Reichsgesetze.

Zum Unfallversicherungsgesetz.

15. Die Bekl. haben die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges darauf gestützt, daß derjenige Betrieb, in welchem der Kl. den fraglichen Unfall erlitten haben will, im Sinne des § 1 Nr. 1 des R. Ges. vom 28. Mai 1885 über die Ausdehnung der Unfall- und Krankenversicherung der Betrieb einer Eisenbahnverwaltung gewesen sei und folglich unter die Bestimmungen des Unfallversicherungsgesetzes vom 6. Juli 1884 falle. Mit Recht hat nun das B. G. angenommen, daß das Unfallversicherungsgesetz hier nicht eingreife, indem der Bau, bei welchem der Kl. zur Zeit des Unfalles beschäftigt war, nicht, wie im § 1 Nr. 1 des Gesetzes von 1885 vorausgesetzt ist, *von* der Eisenbahnverwaltung, sondern nur *für* dieselbe (ungenau sagt das O. L. G.: „*für Rechnung derselben*") von den Bekl. ausgeführt worden sei; während darüber kein Zweifel besteht, daß ein Baubetrieb von der Art, daß er schon nach § 1 Abs. 2 des Unfallversicherungsgesetzes selbst unter dieses Gesetz gefallen sein sein würde, hier nicht in Frage kommt. Ohne Grund haben insbesondere die Bekl. gerügt, daß das B. G. seine Auslegung des § 1 Nr. 1 des Gesetzes von 1885 nur auf die Motive zum R. Ges. vom 11. Juli 1887, betreffend die Unfallversicherung der bei Bauten beschäftigten Personen, stütze; denn das O. L. G. hat auch ganz unabhängig hiervon mit dem Wortlaute der fraglichen Bestimmung des Gesetzes von 1885 operirt, der auch in der That insoweit Zweifeln gar keinen Raum läßt. Es ist nun aber noch hervorzuheben, daß es für die jetzt zur Entscheidung stehende Rechtsfrage auf den so eben besprochenen Streitpunkt gar nicht ankommt. Wären auch die Rechtsfolgen des hier in Rede stehenden Unfalles nach Maßgabe des Unfallversicherungsgesetzes zu regeln, so würde nichtsdestoweniger für den hier erhobenen Klaganspruch der Rechtsweg keineswegs ausgeschlossen sein. Das Unfallversicherungsgesetz verfügt eine solche Ausschließung in Ansehung der von ihm selbst eingeführten Ansprüche *gegen die Berufsgenossenschaften* — übrigens nicht durch eine ausdrückliche Bestimmung, sondern nur stillschweigend durch die Vorschriften, die es in den §§ 62, 63 und 88 über die Art der Geltendmachung gegeben hat —; für die etwa *gegen Betriebsunternehmer* zu erhebenden Schadensersatzansprüche ist aber des Rechtsweg durch keine Bestimmung des Gesetzes ausgeschlossen. Daß durch § 95 daselbst dergleichen Ansprüche für die meisten unter das Gesetz gehörenden Fälle *materiell* beseitigt sind, ist etwas ganz Anderes. VI. C. S. i. S. Ohme c. Haase vom 5. Juli 1888, Nr. 133/88 VI.

IV. Das Gemeine Recht.

16. Es unterliegt zwar keinem Zweifel, daß gegen die durch ein rechtsgültiges Verlöbniß begründeten rechtlichen Wirkungen nach gemeinem Rechte auch auf Grund der Minderjährigkeit eines Verlobten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachgesucht werden kann; bestritten ist aber, ob zur Ertheilung der Restitution eine besondere durch dieses Eheverlöbniß selber hervorgerufene Verletzung behauptet und dargethan werden müsse oder ob schon das Verlöbniß als solches eine Läsion bedinge und daher die bloße Berufung des Minderjährigen auf seine Abneigung zur Eingehung der Ehe die Restitution rechtfertige. Der B. R. hat sich der milderen Ansicht angeschlossen und ausgesprochen, es sei der Bekl. mit Rücksicht auf seine Minderjährigkeit gegen den Abschluß des hier fraglichen Verlöbnisses selbst dann zu restituiren, wenn dasselbe wegen unbedingter väterlicher Einwilligung an sich rechtsbeständig sein sollte, weil solches seine Freiheit, eine andere Ehe einzugehen, beschränke und eine unglückliche Ehe zu befürchten stehe, wenn der Minderjährige zur Erfüllung des Eheversprechens sich herbeilasse, um der Nothwendigkeit der Schadloshaltung des andern Verlobten zu entgehen. Wenn es nun auch richtig ist, daß ein Minderjähriger nach l. 7 Dig. de min. (4, 4) gegen jede Art von Rechtsgeschäften restituirt werden soll und dabei der ihm drohende Nachtheil nicht nothwendig ein Vermögensnachtheil zu sein braucht (l. 3 § 6 l. 6 und 35 Dig. eod.), so wird immerhin zur Annahme einer zureichenden Läsion eine *aus dem Verlöbnisse selbst* für den Minderjährigen entstandene Veränderung seines Rechtszustandes erfordert. Nicht das ist entscheidend, ob der Minderjährige hinterher und noch zur Zeit der Klaganstellung die Vollziehung der Ehe weigert, sondern, ob das Verlöbniß bereits *zur Zeit seiner Eingehung* nachtheilig, mindestens schon damals die Besorgniß einer nachtheiligen Veränderung der Umstände begründet war. Trifft dies nicht zu, so liegt in einem mit Einwilligung der Eltern des Minderjährigen eingegangenen Verlöbnisse keine Läsion und die spätere Sinnesänderung des letzteren für sich allein erscheint als ein zufälliges Ereigniß ohne rechtliche Bedeutung. Hieran wird auch dadurch nichts geändert, daß der minderjährige Verlobte bei einseitiger unberechtigter Auflösung eines gültigen Verlöbnisses nach gemeinem Rechte und Art. 4 des Hessischen Gesetzes vom 18. April 1877 *schadensersatzpflichtig* wird, da dies eben nur die auch bei dem Zuwiderhandeln gegen andere Verträge eintretende *Folge der Aufhebung* des Eheverlöbnisses ist, für welche erst selber ein rechtfertigender Grund dargelegt werden muß. Als triftige Gründe einer vorhandenen oder drohenden Läsion hat nun der Bekl. geltend gemacht, daß die Kl. ganz vermögenslos sei, während er selber, da er noch seiner Militärdienstpflicht genügen müsse, einen eignen Haushalt thatsächlich nicht beginnen könne. Der B. R. ist auf eine Würdigung dieses Vorbringens nicht eingetreten, da er, wie erwähnt, schon in dem Abschlusse des Eheverlöbnisses für sich allein eine die nachgesuchte Restitution rechtfertigende Läsion fand und es kann

unerörtert bleiben, ob jene Gründe an sich oder unter den näheren im Restitutionsgesuche geschilderten Verhältnissen zur Erwirkung einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach dem Vorausgeschickten geeignet sind. Denn im vorliegenden Falle muß, wenn auch das gesammte bezügliche Vorbringen des Bekl. in Wahrheit begründet sein sollte, die Restitution doch deshalb für ausgeschlossen erachtet werden, weil durch deren Ertheilung die Kl. *ein unersetzlicher Nachtheil treffen würde*. l. 4 Dig. de in integr. rest. (4, 1). Der B. R. stellt fest, daß der Bekl. die Kl. nach vorausgegangenem rechtsgültigen Eheversprechen geschwängert und diese Thatsache rechtsverbindlich anerkannt habe. Gegen ein *durch Schwängerung der Braut bestärktes*, nach Art. 2 des Hessischen Gesetzes vom 18. April 1877 mit Einwilligung der Eltern der Verlobten zu Stande gekommenes Eheverlöbniß kann aber der minderjährige *Bräutigam*, — von ganz besonderen, hier nicht vorliegenden oder doch nicht geltend gemachten Umständen abgesehen —, keine Restitution erwirken, weil der vorige Zustand überhaupt nicht mehr herzustellen ist und der Nachtheil, den die Braut durch die bloße Aufhebung des Verlöbnisses erleiden würde, entweder — bei dem regelmäßigen Verluste jeglicher Aussicht auf anderweite Versorgung auf Seiten der Geschwängerten — ein irreparabeler oder doch mindestens ein so großer sein würde, daß er zu dem Vortheil, der dem Bräutigam und Schwängerer aus der Ertheilung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erwachsen würde, in einem unverhältnißmäßigen Gegensatze stände. In Wirklichkeit richtet sich bei solchem Sachverhalt das Restitutionsgesuch des Bekl. nicht ausschließlich gegen das Verlöbniß, sondern gegen dieses *Rechtsgeschäft in Verbindung mit dem Verpflichtungsgrund der außerehelichen, durch freiwillige Anerkennung erwiesenen Vaterschaft*; gegen den letzteren aber giebt es der Natur der Sache nach für den außerehelichen Vater keine Restitution. III. C. S. i. S. Hederer c. Knecht vom 3. Juli 1888, Nr. 90/88 III.

17. Das B. G. sieht als erwiesen an, daß eine *faktische* Ausübung der Fischerei von Seiten der Einwohner von Stiegelse in der Elbe vor Stiegelse seit unvordenklicher Zeit ununterbrochen bis zum Jahre 1874 stattgefunden hat, es erachtet diese faktische Ausübung der Fischerei jedoch nicht für genügend, um eine Berechtigung der Stiegelser als im Jahre 1874 bestehend nachzuweisen, weil dieselbe als die Ausübung einer Berechtigung sich dargestellt haben müsse, nun aber die Aussagen der Zeugen bei den von ihnen bekundeten Ausübungshandlungen die Merkmale vermissen lassen, an welchen die Ausübung als eine Rechtsausübung erkannt werden könnte, so daß es an dem Beweis dafür fehle, daß die Stiegelser die von ihnen betriebene Fischerei als ein privates Recht der Einwohner von Stiegelse ausgeübt haben. Die unvordenkliche Verjährung hat nun zwar, um als Rechtsgrundlage dienen zu können eine während unvordenklicher Zeit fortgesetzte *Rechtsausübung* zur Voraussetzung und Zustände, in welchen eine Rechtsausübung sich nicht darstellt, werden durch die unvordenkliche Verjährung nicht zu rechtlichen erhoben. Aber daraus folgt doch eben nur, daß die Ausübungshandlungen an sich geeignet sein müssen, eine Rechtsausübung darzustellen, nicht aber, daß, dies vorausgesetzt, zu der über Menschengedenken hinaus fortgesetzten Uebung noch besondere Merkmale hinzukommen müssen, welche in der Uebung eine Rechtsausübung hervortreten lassen. Im Gegentheil hat man vielmehr davon auszugehen, daß bei Handlungen, welche an sich zur Darstellung einer Rechtsausübung geeignet sind, in der während unvordenklicher Zeit fortgesetzten Uebung die Absicht ein Recht auszuüben genügend in die Erscheinung tritt und es also Aufgabe des Gegenbeweises ist, besondere Umstände darzulegen, welche eine andere Annahme rechtfertigen. Dies verkennt der B. R., welcher obwohl er feststellt, daß die faktische Ausübung der Fischerei seit unvordenklicher Zeit ununterbrochen stattgefunden, die Merkmale der Rechtsausübung vermißt. Und vollends rechtsirrthümlich erscheint es, wenn der B. R. hervorhebt, die klägerischen Zeugen bekunden zwar meistens, daß sie sich zu der Fischerei berechtigt *gehalten* haben, wissen aber keinen anderen Grund dafür anzugeben, als daß sie in der Ausübung nicht gestört seien, sie scheinen danach als Grund ihrer Ausübung nicht eine *positive privatrechtliche* Befugniß, sondern nur die Nichtstrafbarkeit derselben betrachtet zu haben. Denn es kann nur darauf ankommen, ob die Handelnden in der Meinung ein Recht auszuüben gehandelt haben, nicht aber darauf, ob ihre Meinung auf zutreffenden Gründen beruht hat. III. C. S. i. S. Gemeinde Stiegelse c. Fiskus vom 13. Juli 1888, Nr. 107/88 III.

18. Die Ausführung des Bekl., daß eine Schuld des Bürgen lediglich in Betreff derjenigen Schulden entstanden sei, welche die Firma J. Nachfolger bei seinen Lebzeiten kontrahirte, und daher die Hypothek nicht auch die nach seinem Tode entstandenen Schulden umfassen könne, ist verfehlt und widerspricht dem Zweck und Inhalt der Kreditbürgschaft und der Kautionshypothek. Durch den Kreditvertrag stellt der Kreditgeber dem Kreditnehmer die gesammte Summe, in deren Höhe der Kredit gewährt wird, alsbald zur Verfügung, und ist es rechtlich unerheblich, in welchen Beträgen und zu welchen Zeiten der Kreditnehmer die zu seiner Disposition stehende Summe demnächst abhebt. Zur Sicherung gegen die Gefahr des gewährten Kredites und für dessen ganze Dauer ist dem Kreditgeber Bürgschaft geleistet und die Kautionshypothek bestellt, und haftet ihm Letztere gleichermaßen, wie auch die Schuld des Bürgen aus der unbeschränkt übernommenen Kreditbürgschaft die in der Zeit nach seinem Tode bis zur Aufhebung der Bürgschaft kontrahirten Schulden mit umfaßt — vergl. auch Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. X Nr. 14 S. 55 des Oberappellationsgerichts zu Rostock, Buchka-Budde Bd. VI S. 298, 299 des R. O. H. G. Bd. XI Nr. 3 S. 7. — III. C. S. i. S. Jakobsen Konk. c. Leeser u. Komp. vom 10. Juli 1888, Nr. 131/88 III.

19. Die Begründung des B. U. ist *nicht* dahin zu verstehen, daß vorausgesetzt wäre, die Bekl. hätten jene Waare mit dem bewußten Willen und in der Absicht verschifft, dadurch die Waare merkantil zu empfangen, sondern *dahin*, daß die Bekl. nach den konkreten Umständen des Falles (in Folge des willkürlichen Orts der Verschiffung und der Konsequenzen desselben) den geltend gemachten *Redhibitionseinwand* und die Widerklageforderungen nicht erheben könnten, ohne dem Behelf arglistiger Rechtsvertheidigung und Rechtsverfolgung zu erliegen. Dieser Entscheidungsgrund ist *zutreffend*. Eine willkürliche Verfügung, wie die Verschiffung einer Waare nach einer anderen Hemisphäre mit der (vorauszusehenden und demnächst eingetretenen) Belastung derselben mit Unkosten, welche den Kaufpreis und

Werth der Waare bei Weitem übersteigen, muß nach dem Grundgedanken der gemeinrechtlichen Normen über die Zulässigkeit der Redhibition einer willkürlichen erheblichen Verschlechterung der Waare im rechtlichen Effekte gleichstehen. I. C. S. i. S. Lindau u. Roth c. Knopmannsche Spritfabrik vom 11. Juli 1888, Nr. 177/88 I.

20. Da der zwischen der Kl. und ihrem verstorbenen Bruder abgeschlossene Vertrag, die dauernde Verwaltung des der Kl. gehörigen, ihrem Bruder zur Verwaltung anvertrauten Vermögens zum Gegenstande hatte, der verstorbene Erblasser der Bekl. auch den ihm ertheilten und von ihm angenommenen Auftrag zur Verwaltung des Vermögens der Kl. bis zu seinem Tode ausgeführt hat, so hat das B. G. mit Recht angenommen, daß die Verjährung der auf Schlußrechnung und Herausgabe des darnach für die Kl. sich ergebenden Guthabens gerichteten Klage nicht mit dem Abschlusse des Vertrages, sondern erst mit der Beendigung der Vermögensverwaltung ihren Lauf begonnen hat. III. C. S. i. S. Hackspiel c. Lindemann vom 6. Juli 1888, Nr. 125/88 III.

21. Durch die, in einem im Uebrigen ganz zweifelhaften Punkte sich an die Wortfassung des Testamentes haltend, hat der B. R. keine Rechtsnorm verletzt, insbesondere auch nicht die von den Rkl. für sich angerufene l. 12 D. de R. J. 50, 17, wonach letztwillige Verfügungen „plenius" auszulegen seien; denn diese nöthigt niemals ohne Weiteres zu einer über den deutlichen Wortsinn hinausgehenden Interpretation. VI. C. S. i. S. Bruhn c. Fischer vom 25. Juni 1888, Nr. 116/88 VI.

22. In Wirklichkeit ist kein genügender Grund ersichtlich, die Gültigkeit formloser Kodizille gerade auf die in einem Testamente bestätigten zu beschränken, und sie nicht vielmehr auf die in irgend einem formgerecht errichteten letzten Willen, also auch in einem Kodizille bestätigten auszudehnen. Eine Gattung von Quellenstellen, mit denen man die Geltung bestätigter formloser Kodizille hat belegen wollen, paßt freilich nur auf die in einem Testamente bestätigten. Es sind dies Stellen, wie l. 2 § 2, l. 14 pr. D. de jure codic. 29, 7, nach welchen testamentarische Kodizille überhaupt (nicht etwa bloß testamentarisch bestätigte) in vielen Beziehungen rechtlich als Theile des Testamentes zu behandeln sind; vergl. J. H. Boehmer, Exercitationes ad Pandectas, Tom. V, S. 133, verglichen mit S. 122 ff., und G. L. Boehmer, eben da in der Vorrede, S. XXII ff. Diese Stellen sind aber offenbar gerade völlig ungeeignet zum Beweise des fraglichen Rechtsatzes. Vorherrschend, und jedenfalls mit viel besserem Rechte, ist er aber auch auf eine andere Kategorie von Stellen gestützt worden, nämlich auf diejenigen, durch welche die sogenannten mystischen Verfügungen, Verfügungen mittelst Bezugnahme auf ein anderes Schriftstück, in einem Testamente zugelassen werden, wie l. 77 D. de hec. inst. 28, 5; l. 10 D. de cond. inst. 28, 7; l. 38 D. de cond. et dem. 35, 1; vergl., außer J. H. Boehmer a. a. O. S. 120 ff., z. B. Donell, Comment. jur. civ. Lib. 7 cap. 19 § 9, und Vinn, Comment. in § 3 J. de codic. 2, 25. Von diesem Standpunkte aus betrachtet, läuft der fragliche Satz nur darauf hinaus, die Grenze zwischen den sogenannten mystischen Verfügungen als einzelnen und der Bestätigung eines Kodizilles im Ganzen, wie z. B. Windscheid, Pandektenrecht, Bd. 3 § 628 Anm. 16, sie festgehalten wissen will, zu verwischen. Damit würde denn aber auch jeder Grund wegfallen, den Satz auf die in einem Testamente bestätigten Kodizille einzuschränken; denn so weit in einem Testamente durch Verweisung auf ein anderes Schriftstück verfügt werden kann, muß dies offenbar auch in einem Kodizille geschehen können, vorausgesetzt nur, daß es sich bloß um Vermächtnisse handelt und nicht etwa um Anordnungen über die direkte Erbfolge, als welche überhaupt nur mittelst eines Testamentes vorgenommen werden können. VI. C. S. i. S. Wendt c. Wendt vom 9. Juli 1888, Nr. 134/88 VI.

V. Das Preußische Allgemeine Landrecht.

23. Im Gegensatz zu § 871 I 11 A. L. R., wonach bei einem Vertrage über Handlungen, wenn deren Vergütung in demselben nicht hinlänglich bestimmt ist, die fehlende Bestimmung nach dem Gutachten Sachverständiger ergänzt werden soll, und § 872, welcher, wenn gar keine Vergütung bestimmt ist, den Vertrag für ungültig erklärt, enthält der § 873 daselbst die Vorschrift, daß, wer eine von ihm übernommene, zu seinen gewöhnlichen Berufsgeschäften gehörende Handlung wirklich geleistet hat, für dieselbe auch ohne ausdrücklichen Vorbehalt den gewöhnlichen Lohn nach dem Gutachten der Sachverständigen fordern kann. Der B. R. führt aus: Dem Falle des § 873 sei der vorliegende Fall gleich zu setzen, in welchem der Bekl. durch den Vertrag in bindender Weise zu Handlungen für eine nicht hinlänglich bestimmte Vergütung sich verpflichtet habe. Der Preis der Handlungen sei in diesem Falle von dem dieselben Leistenden zu setzen, und nur, wenn der gesetzte Preis den gewöhnlichen Lohn übersteige, der andere Theil berechtigt, seine Herabsetzung auf den letztern zu fordern. Der Kl. habe daher nicht das Recht gehabt, ohne Rücksicht darauf, ob die vom Bekl. gesetzten Preise angemessen seien oder nicht, die Ermittelung des gewöhnlichen Lohns durch einen Sachverständigen zu verlangen. Vielmehr habe er seiner vertragsmäßigen Verpflichtung dadurch, daß er angemessene Beträge als Preis der von ihm zu liefernden Arbeiten setzte, genügt. Diesen Erwägungen läßt sich nur insofern nicht beistimmen, als sie an den § 873 statt an § 871 Thl. 1 Tit. 11 des A. L. R. sich anschließen. Denn, während der erstere lediglich in dem Falle Anwendung findet, wenn die übernommenen Handlungen wirklich geleistet sind, fehlte es dem Uebereinkommen der Parteien, nach welchem die von dem Bekl. künftig zu leistenden Arbeiten unbestritten durch einen Erlaß an seiner Schuld vergütet werden sollten, nur an der hinlänglichen Bestimmung dieser Vergütung. Nach § 871 a. a. O. mußte dieselbe daher durch sachverständige Gutachten ergänzt werden. Der Feststellung des B. R. zufolge ist diese Ergänzung durch das Gutachten des vernommenen gerichtlichen Sachverständigen in ausreichender Weise erfolgt. Der Kl. erscheint danach an sich als verpflichtet, dem Bekl. für die bei demselben zu bestellenden Schlosserarbeiten die von diesem Sachverständigen bezeichneten Preise zu gewähren. Jedoch bleibt es ihm unbenommen, deren Ermäßigung in dem Falle zu verlangen, wenn jene Arbeiten etwa in mangelhafter Weise geliefert werden sollten. Mit Unrecht hält er sich daher an die wegen der Tilgung seiner Bauforderung getroffene Verabredung aus dem Grunde für nicht gebunden, weil ihm die Einhaltung derselben durch die Preisforderung des Bekl., welche dem Vorstehenden zufolge als an-

gemessen sich darstellt, unmöglich gemacht sei. VI. C. S. i. S. Braun c. Mackels vom 12. Juli 1888, Nr. 143/88 VI.

24. Der Grund, aus welchem der B. R. der Berufung stattgegeben hat, ist rechtsirrthümlich. Durch den Widerruf einer Schenkung wird die Schenkung nicht ungültig und wird nicht der Rückfall des verschenkten Gegenstandes in das Vermögen des Schenkgebers bewirkt, sondern die Schenkung bleibt gültig, der Schenkgeber gewinnt nur einen persönlichen Anspruch (eine Kondiktion) gegen den Beschenkten auf Rückgabe dessen, was derselbe aus der Schenkung hat. A. L. R. Thl. I Tit. 11 § 1164; Dernburg Preußisches Privatrecht Bd. 2 § 164 S. 436; Förster-Eccius Theorie 2c. Bd. 2 § 122 S. 19, 21, 24; Bornemann Preußisches Civilrecht Bd. 3 S. 223; Savigny System 2c. Bd. 4 Beilage 10 S. 601. So lange diese Rückgabe noch nicht vollzogen ist, bleibt der Beschenkte rechtlich der Inhaber beziehungsweise Eigenthümer des verschenkten Gegenstandes, darum auch berechtigt, wegen desselben Prozesse zu führen. Eine Rückübertragung des dem Kl. schenkweise cedirten Forderungsrechts auf die Schenkgeberin, Frau Lennert, ist nicht behauptet worden, mithin wird zu Unrecht vom Bekl. aus dem Widerruf der Schenkung die Nichtberechtigung des Kl. zu der angestellten Klage und zur Fortsetzung des Prozesses abgeleitet. V. C. S. i. S. Hagendorf c. Bublitz vom 11. Juli 1888, Nr. 128/88 V.

25. Die Fassung des § 151 Tit. 16 Thl. I des Pr. A. L. R. rechtfertigt die Gesetzesauslegung, daß es, (wenn klargelegt worden ist, daß der Schuldner ausdrücklich auf eine gewisse von mehreren geschuldeten Posten gezahlt und der Gläubiger die gezahlte Summe in Empfang genommen habe,) dem Gläubiger, welcher die Zahlung auf andere Forderungen anrechnen wolle, obliege, zu behaupten und (im Falle gegnerischen Bestreitens) zu beweisen, daß er innerhalb der im P. A. L. R. Thl. I Tit. 5 § 91 flgde. bestimmten Frist gegen den Zahlenden Widerspruch gegen die Zahlung auf die gewisse von dem Zahlenden bezeichnete Post erhoben habe. I. C. S. i. S. Niederlausitzer Bank c. Korschel vom 27. Juni 1888, Nr. 164/88 I.

26. Unzutreffend zwar ist von der Revision gegen die Anwendung des § 721 des A. L. R. Thl. II. Tit. 1 geltend gemacht worden, diese Vorschrift begründe die Einrede der Verzeihung, eine solche Einrede aber sei nicht erhoben. Diesem Angriffe steht § 581 der C. P. O. entgegen, wonach das Gericht zum Zwecke der Aufrechterhaltung der Ehe Thatsachen, welche von den Parteien nicht vorgebracht sind, berücksichtigen kann. Dagegen ist die Annahme des B. G., daß die Frist des § 721 eine Verjährungsfrist sei, nicht zu billigen. Schon die Fassung des § 721 ist hiermit unvereinbar. Die Vorschrift will zwar ausdrücken, daß einer ausdrücklichen Verzeihung gleichgeachtet werde, wenn seit Jahresfrist nach erlangter Kenntniß von dem Ehescheidungsgrunde auf Scheidung nicht geklagt ist, sollte auch eine Privattrennung der Eheleute stattgefunden haben (vergl. das Präjudiz 499 des vormaligen Preußischen Obertribunals vom 23. Juli 1838, Präjudizen-Sammlung Bd. I. S. 156). Allein sie besagt nicht, daß durch Nichtanstellung der Klage innerhalb der Jahresfrist das Klagrecht erlösche, sondern das Gesetz sieht in der einjährigen Fortsetzung der Ehe ohne Klaganstellung ein der ausdrücklichen Verzeihung gleichgeachtete stillschweigende Verzeihung. In diesem Sinne hat das vormalige Preußische Obertribunal den § 721 stets aufgefaßt. In dem Präjudiz Nr. 2102 vom 15. Februar 1849 (Entscheidungen Bd. 17 S. 510) — vergl. auch das Erkenntniß vom 2. Juni 1856, Striethorst, Archiv für Rechtsfälle, Bd. 21 S. 245, 248 — wurde ausgesprochen, daß eine Verzeihung des nachher geltend gemachten Scheidungsgrundes in den nach der Verordnung vom 28. Juni 1844 zu behandelnden Ehescheidungssachen dann nicht anzuwenden sei, wenn der beleidigte Ehegatte innerhalb eines Jahres nach erlittener Beleidigung den Entschluß, die Scheidungsklage anzustellen, bei dem kompetenten Geistlichen verlautbart und den Sühneversuch beantragt hat. Das spätere Präjudiz Nr. 2401 vom 8. Oktober 1852 (Entscheidungen Bd. 23 S. 480) erklärte ausdrücklich, der § 721 enthalte nicht die Sanktion einer Verjährungsfrist, auf welche die Vorschriften über Verjährung anzuwenden wären. Uebereinstimmend lauten die späteren Urtheile vom 29. Februar 1864 (Striethorst, Bd. 53 S. 172, 173) und vom 4. November 1870 (Striethorst, Bd. 81 S. 51). In den Gründen des letzteren Urtheils ist ausgeführt, der Gesetzgeber finde nach § 721 in der Fortsetzung der Ehe ein Jahr hindurch nach der Kenntniß des Ehescheidungsgrundes ein so untrügerisches Zeichen des versöhnten Gemüths, daß er solches einer ausdrücklichen Verzeihung gleichgestellt habe. Nach der Auffassung des obersten Preußischen Gerichtshofes enthält also die einjährige Unterlassung der Klage eine stillschweigende Verzeihung und dieser Gedanke ist in der That der des Gesetzes, wie der Zusammenhang des § 721 und des darauf folgenden § 722 („Blos aus Leistung der ehelichen Pflicht, wozu beide Theile vor Anstellung der Klage verbunden waren, soll kein Verzicht auf das Recht zur Scheidungsklage gefolgert werden") ergiebt. Darnach sieht der Gesetzgeber in der einjährigen Fortsetzung der Ehe nach erhaltener überzeugender Kenntniß von dem Ehevergehen, ohne die Scheidung zu verlangen, einen stillschweigenden Verzicht auf das Recht zur Scheidungsklage. Wenn Bornemann bei Mittheilung der Entstehungsgeschichte der §§ 721, 722 von dem „Einwande der Verjährung" spricht, System. Darstellung des Preußischen Civilrechts (2 Ausgabe), Bd. 5 S. 214, so beruht dies auf einer Ungenauigkeit des Ausdrucks, wie sich darin zeigt, daß in dem unmittelbar folgenden Satze auf eine Revisionsbemerkung von Suarez hingewiesen wird, nach welcher die Klage binnen einem Jahre angestellt sein muß, damit die Ehe nicht als fortgesetzt angesehen werde. Enthält sonach § 721 des A. L. R. Thl. II. Tit. 1 keine Verjährungsfrist, so wird diese Vorschrift von dem § 571 Abs. 2 der C. P. O., wonach durch die Zustellung der Ladung zum Sühnetermine in Ehescheidungssachen die Verjährung unterbrochen wird, nicht berührt. Vergl. Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts, 3. Auflage, Bd. III. S. 64 Anm. 4, v. Wilmowski-Levy, C. P. O., 4. Auflage, zu § 571 Anm. 4. Die Annahme einer stillschweigenden Verzeihung (§ 721 A. L. R. Thl. II. Tit. 1) kann daher nicht darauf gegründet werden, daß die Ladung zum Sühnetermine seitens des beleidigten Ehegatten dem Bekl. nicht innerhalb eines Jahres nach erlangter Ueberzeugung von dem Scheidungsgrunde zugestellt worden ist; vielmehr genügt zur Ausschließung der Anwendung des § 721 daß von dem beleidigten Ehegatten zur rechtlichen Trennung der Ehe geeignete Schritte gethan sind,

und hierzu kann der Antrag auf Anberaumung eines Sühnetermins dienen. IV. C. S. i. S. Jarmuschewski c. Jarmuschewski vom 24. Mai 1888, Nr. 361/88 IV.

27. Die Revision will nicht gelten lassen, daß die Verpflichtung des Klosters vermöge der in den Jahren 1802/3 seitens des Preußischen Staats bewirkten Säkularisation des Klosters und der damit verbundenen Uebernahme des Klostervermögens nebst Kirchenpatronat gesetzlich auf den Bekl. übergegangen ist. Das O. L. G. beruft sich für diese Rechtsfolge allerdings nicht auf bestimmte Normen; es unterliegt aber keinem Bedenken, daß es einen Uebergang kraft Universal-Succession im Auge gehabt hat. Und dieser Grund ist zu billigen, wie denn auch die im Archiv für katholisches Kirchenrecht Bd. XXII S. 138 abgedruckte Entscheidung des vormaligen Preußischen Obertribunals auf demselben Standpunkt steht. IV. C. S. i. S. Fiskus c. Kirchengemeinde St. Jakob in Thorn vom 9. Juli 1888, Nr. 80/88 IV.

28. Es steht fest, daß während des Bestehens des Jungfrauenklosters und später niemals besondere Gebäude für die Kirchenbedienten vorhanden gewesen sind. Bei dieser Sachlage läßt sich eine Verpflichtung, derartige Gebäude neu zu bauen, weder aus der Patronatsbaulast, noch aus dem Inkorporationsverhältniß herleiten (vergl. A. L. R. Thl. II Tit. 11 §§ 584, 164, Entscheidungen des R. G. Bd. 9 S. 254). In letzterer Beziehung namentlich führt die gegebene Pflicht zur Unterhaltung der Kirchenbedienten keineswegs die Verbindlichkeit mit sich, besondere Dienstwohnungen für dieselben zu bauen; denn dem Unterbringungsbedürfniß kann auch auf andere Weise genügt werden. Daraus folgt, daß nur ein Anspruch auf Gewährung angemessener Wohnungen für die Kirchenbedienten im Gesetze Anhalt findet. Vergl. Entscheidungen bei vor. Nummer.

VI. Sonstige Preußische Landesgesetze.

Zum Allgemeinen Berggesetz.

29. Soweit nicht in einem Knappschaftsstatut entgegenstehende Bestimmungen getroffen sind, stehen, trotz des öffentlichrechtlichen Charakters des Instituts, die aus dem Statut erwachsenden privatrechtlichen Ansprüche unter der Herrschaft der für Verträge im Bürgerlichen Gesetze enthaltenen allgemeinen Rechtsnormen. Die Verpflichtung nun, welche der beklagte Verein in seinem Statut seinen Mitgliedern gegenüber übernimmt in Bezug auf die Unterstützung der von ihnen hinterlassenen Wittwe und Kinder ist an die zufällige Bedingung geknüpft, daß das Mitglied vor jenen verstirbt. Nach § 104 A. L. R., Thl. 1 Tit. 4 geht das von einem bloßen Zufalle abhängige Recht für den Berechtigten verloren, wenn dieser etwas vornimmt, wodurch der Eintritt des Zufalls hervorgebracht wird. Dieser Fall liegt hier vor. Denn wenn auch nicht festgestellt ist, daß die Absicht des Ehemannes, der Kl. direkt auf die Herbeiführung des Eintretens jener Bedingung gerichtet gewesen, so genügt doch für die Anwendung des angezogenen § 104, daß jenes Eintreten als Erfolg eines schuldhaften Verhaltens verursacht worden ist. (Vergl. Obertribunalsentscheidungen Bd. 50 S. 24, Dernburg Lehrbuch des Preußischen Privatrechts zu § 88 Bd. 1, Förster-Eccius 5. Aufl. Bd. 1 S. 173 Anm. 26 bezüglich der Verhinderung des Eintritts der Bedingung.) Unter dieser allgemeinen Vorschrift steht auch der angezogene § 171 Allgemeinen Berggesetzes, insofern nicht erhellt, daß dort eine Ausnahme von der allgemeinen Regel hat gegeben werden sollen. Für die Annahme, daß solches gewollt, fehlt es aber an einem gewissen Ausdruck. Die Unterschiede, welche, wie die Revision hervorhebt, zwischen den unter den einzelnen Nummern daselbst getroffenen Bestimmungen bestehen, namentlich, daß nur beim Krankenlohn und bei der Invalidenunterstützung der Mangel groben Verschuldens als Voraussetzung des Anspruchs bezeichnet werde, lassen den Schluß nicht zu, daß die übrigen dort vorgesehenen Leistungen durch ein Verschulden des Berechtigten nicht beeinflußt werden könnten. Es ist nicht ausgeschlossen, daß das Gesetz bei den betreffenden beiden Nummern nur in Bezug auf den G r a d des Versehens eine besondere Anordnung hat treffen wollen, während es im Uebrigen es bei den das Versehen unter Vertragsgenossen behandelnden Normen des A. L. R. hat belassen wollen. Dafür sprechen alle die Gründe, welche der B. R. für die Unwahrscheinlichkeit der von der Revision vertretenen Ansicht anführt. V. C. S. i. S. Mühlinghaus c. Märk. Knappschaftsverein vom 17. Juni 1888, Nr. 113/88 V.

Zu den Grundbuchgesetzen.

30. Daß die Verpfändung eines Miteigenthumsantheiles an einem zu einem ungetheilten Nachlasse gehörigen Grundstücke durch den eingetragenen Miterben nicht schlechthin unwirksam ist, und von dem verpfändenden Miterben nicht als ungültig angefochten werden kann, hat die Judikatur der höchsten Gerichtshöfe von jeher angenommen (vergl. die Citate in Turnau's Grdb. O., 4. Aufl., Bd. 2 S. 168 und Entscheidungen des R. G. Bd. 16 S. 254). Ob aus solcher Verpfändung ein materiell kräftiges Pfandrecht entstehen wird, hängt von der Erbtheilung ab; die auf Grund derselben eingetragene Hypotheken sind jedenfalls formell entstanden und können nicht um deswillen angefochten werden, daß die Verpfändung in Folge der Erbtheilung gegenstandlos werden kann (Entscheidungen des R. G. Bd. 16 S. 254 flg.). V. C. S. i. S. Braß c. Ed vom 7. Juli 1888, Nr. 126/88 V.

31. Daß die Darlehnsvaluten nicht zum Nominalbetrage der Schuldbekenntnisse voll baar gezahlt, sondern zum Theil durch Rückgabe von Wechseln und durch Berechnung von Provisionen gewährt sind, benimmt den Darlehnshypotheken ihre Gültigkeit nicht. Nach der konstanten Rechtsprechung der höchsten Gerichtshöfe (vergl. die Citate in Turnau's Grdb. O., 4. Aufl., Bd. 1 S. 769) kommt es bei Beurtheilung der Frage, ob der Hypothek ein gültiger Anspruch zu Grunde liege, nicht so sehr auf den urkundlichen Ausdruck in der Verpfändungsurkunde, als auf das Rechtsgeschäft selbst an. Eine Hypothekbestellung bleibt daher, wenn ihr nur überhaupt eine an sich rechtsgültige Forderung zu Grunde liegt, auch dann von rechtlicher Wirksamkeit, wenn der eigentliche Verpflichtungsgrund in der Urkunde nicht seinen richtigen Ausdruck gefunden hat, sofern nur feststeht, daß die Hypothek für denjenigen Anspruch bestellt ist, für welchen sie nach dem Willen der Kontrahenten bestellt werden sollte. Eine den Worten nach für ein Darlehn bestellte Hypothek ist daher auch bezüglich derjenigen Beträge rechtsverbindlich, welche auf Wechselverbindlichkeiten beruhen, oder welche als die verabredete Provision der wirklichen Darlehnssumme hinzugerechnet worden ist. Nach den eigenen Behauptungen der Kl. sind die Hypotheken von ihrem Bevollmächtigten auf Grund von Geschäften bestellt, bei welchen die volle Valuta durch Baar-

zahlungen, durch Zurückgabe von Accepten der Kl. und durch Anrechnung von Provision vom Bekl. gewährt ist. Die Hypotheken unterliegen daher auch insoweit nicht der Anfechtung, als die Valuten nicht baar gezahlt sind. Vergl. Entscheidung bei vor. Nummer.

32. Das B. G. faßt den § 41 des E. E. G. vom 5. Mai 1872 so auf, daß der Erwerber eines Grundstücks, welcher dem Verkäufer gegenüber die auf dem Grundstück haftende Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen hat, dem Gläubiger auch in dem Falle für die Hypothek persönlich verhaftet sei, wenn für den Verkäufer eine persönliche Schuldverbindlichkeit bezüglich der übernommenen Hypothek nicht besteht. Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden. Die Obligation, welche zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber eines belasteten Grundstücks durch die Uebernahme der Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis begründet wird, besteht ihrem Inhalte nach darin, daß der Erwerber an Stelle der ihm dem Veräußerer gegenüber gesetzlich obliegenden Verpflichtung zur Bezahlung des Kaufpreises (A. L. R. Thl. I Tit. 11 §§ 76, 221) die andere übernimmt, den Veräußerer von seiner Schuldverbindlichkeit gegen den Hypothekengläubiger zu befreien und so mittelbar dem Vermögen des Veräußerers durch Entlastung desselben von einer Schuld den entsprechenden Theil des Kaufpreises zuzuführen. Ist der Veräußerer nicht zugleich persönlicher Schuldner des Hypothekgläubigers, so entsteht durch die Uebernahme der Hypothek für den Erwerber als dem jetzigen Eigenthümer des Pfandgrundstücks nur die gleiche Verpflichtung, welche dem Veräußerer in dieser Eigenschaft oblag, nämlich zu dulden, daß der Hypothekgläubiger seine Befriedigung aus dem Pfandgrundstücke suche. Da diese Verpflichtung ohne Weiteres, kraft Gesetzes (A. L. R. Thl. I, Tit. 20, §§ 53, 54), für den jeweiligen Eigenthümer des Pfandgrundstücks eintritt, so bleibt dem Erwerber in dieser Beziehung zur Erfüllung des Vertrages nichts zu thun übrig. Mit der Veräußerung tritt der Veräußerer aus dem dinglichen Schuldverbande und der Erwerber an dessen Stelle in denselben ein. Ist dagegen der Veräußerer für die Hypothek auch persönlich verhaftet, so hat der Erwerber dafür zu sorgen, daß der Veräußerer von dem Hypothekgläubiger, welchem derselbe auch nach der Veräußerung persönlich mit seinem ganzen Vermögen weiter haftet (A. L. R. Thl. I, Tit. 20, § 48), nicht in Anspruch genommen wird. Um diesen Erfolg herbeizuführen, hat der Erwerber den Hypothekgläubiger zu vermögen, den Veräußerer aus seiner persönlichen Schuldverbindlichkeit zu entlassen, und, falls ihm dieses nicht gelingt, durch Befriedigung des Gläubigers die Schuldverbindlichkeit aufzuheben und dadurch auch die Befreiung des Veräußerers zu bewirken. Während also in diesem Falle der Erwerber dem Veräußerer gegenüber mit seinem ganzen Vermögen in die bestehende Schuldverbindlichkeit eintritt, verbleibt es im ersten Falle lediglich bei der Verhaftung des Pfandgrundstücks. Eine neue persönliche Verbindlichkeit für die Hypothek wird durch die Uebernahme derselben allein auf Seiten des Erwerbers nicht begründet. Da nach den Bestimmungen des A. L. R. durch einen Vertrag Rechte und Pflichten nur unter den Vertragschließenden begründet werden und ein Dritter sogar aus einem zu seinem Vortheile geschlossenen Vertrage nur alsdann ein Recht erlangt, wenn er demselben mit Bewilligung der Kontrahenten beigetreten ist (Thl. I Tit. 5 §§ 74 fg.), so erwarb der Hypothekgläubiger unter der Herrschaft des A. L. R. aus dem lediglich zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber geschlossenen Uebernahmevertrage keinerlei Recht. Für ihn änderte sich die Sachlage nicht. Der Veräußerer blieb, falls er es bis dahin war, sein persönlicher Schuldner, zu dem Erwerber trat er in kein persönliches Schuldverhältniß (vergleiche Erkenntniß des vormaligen preußischen Obertribunals aus dem Jahre 1833. Simon und von Strampf's Rechtssprüche Bd. 3 S. 166). An diesem Prinzip hielt auch die Deklaration vom 21. März 1835 (Gesetzsammlung S. 42) fest, indem sie im § 1 bestimmte: „Wer durch speziellen Rechtstitel eine mit Pfand- oder Hypothekenschulden belastete unbewegliche Sache erwirbt, und dabei erklärt, daß er diese Schulden mit übernehme, wird durch eine solche Uebernahme allein dem Gläubiger persönlich nicht verpflichtet, vielmehr bedarf es zu dieser Verpflichtung eines besonderen Vertrages zwischen dem Erwerber und dem Gläubiger." Die Deklaration suchte aber dem praktischen Bedürfnisse dadurch zu Hülfe zu kommen, daß sie im § 3 die Bestimmung hinzufügte: „Wenn jedoch der Erwerber nicht bloß die Pfand- und Hypothekenschulden übernimmt, sondern außerdem zu deren Tilgung sich persönlich verpflichtet, so ist der Veräußerer befugt, seinen Anspruch aus diesem Versprechen den Gläubiger abzutreten." Auch hiernach wurde also der Hypothekgläubiger in das zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber durch die Uebernahme begründete Vertragsverhältniß nur dadurch hineingezogen, daß sich entweder der Erwerber dem Gläubiger durch besonderen Vertrag persönlich verpflichtete, oder daß der Veräußerer dem Gläubiger sein Recht, vom Erwerber die Erfüllung der persönlich übernommenen Verbindlichkeit, die Schuld des Veräußerers zu tilgen, abtrat. In beiden Fällen wurde eine persönliche Verpflichtung des Erwerbers zur Tilgung der Hypothekenschuld vorausgesetzt, damit der Gläubiger gegen den Erwerber die persönliche Klage erlangte. Daß der Gläubiger auch in dem Falle, wo der Veräußerer ihm nicht persönlich verhaftet war, die persönliche Klage gegen den Erwerber erlangte, wenn dieser eine persönliche Verpflichtung zur Tilgung, sei es gegenüber dem Gläubiger oder gegenüber dem Veräußerer, nicht besonders übernommen hatte, war hierdurch ausgeschlossen. Der § 41 des E. E. G. vom 5. Mai 1872 bestimmt nun, daß es weder des Beitritts des Hypothekgläubigers zu dem ohne seine Mitwirkung zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber geschlossenen Uebernahmevertrag noch der Cession der dem Veräußerer aus diesem Vertrage gegen den Erwerber erwachsenen Rechte bedarf, um den Gläubiger in die Lage zu bringen, aus dem Uebernahmevertrage an Stelle des Veräußerers Erfüllung das heißt seine Befriedigung vom Erwerber zu verlangen. Dieses Recht erwächst dem Gläubiger gegen den Erwerber lediglich aus der zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber durch den Uebernahmevertrag begründeten Obligation nicht etwa aus einem unabhängig von dieser ihm gegen den Erwerber entstandenen Forderungsrechte. Die rechtliche Natur jener Obligation kann daher auch dadurch keine Veränderung erlitten haben, daß dem Gläubiger die Befugniß beigelegt ist, aus derselben zu klagen, es sei denn, daß dies im Gesetze ausdrücklich bestimmt wäre. Wenn nun der § 41 des E. E. G., ohne zu unterscheiden, ob der Veräußerer für die Hypothekforderung per-

sönlich verhaftet war oder nicht, bestimmt, daß der Gläubiger in Folge der Uebernahme der Hypothek die persönliche Klage gegen den Erwerber erlangt, so hat allerdings die vom B. R. vertretene Ansicht, nach welcher der Gläubiger in allen Fällen die persönliche Klage gegen den Erwerber erlangt, den Schein der Berechtigung für sich. Ist es aber an sich schon höchst unwahrscheinlich und bietet auch die gesetzliche Entwickelung, welche lediglich das Bestreben erkennen läßt, den Gläubiger in die durch den Uebernahmevertrag zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber begründete Obligation hineinzuziehen, keinen Anhalt dafür, daß durch den Uebernahmevertrag eine demselben fremde neue persönliche Verbindlichkeit für den Erwerber erzeugt werden soll, so wird jeder Zweifel darüber, daß im Abs. 1 des E. E. G. nur für den Fall Bestimmung getroffen wird, daß der Uebernahmevertrag eine Hypothek zum Gegenstande hat, welcher eine auch den Veräußerer persönlich bindende Schuldverbindlichkeit zu Grunde liegt, durch den Abs. 2 des § 41 gehoben, in welchem der Weg angegeben wird, auf welchem der Veräußerer von seiner persönlichen Verbindlichkeit frei werden kann, nachdem durch den Uebernahmevertrag der Erwerber als persönlicher Schuldner neben ihn getreten ist. Das B. G. hält zwar den Abs. 2 des § 41 nicht für geeignet, zur Erklärung des im Abs. 1 Bestimmten herangezogen zu werden, weil beide Absätze des § 41, in welchem ganz verschiedene Fragen behandelt werden, in keiner wechselseitigen Beziehung zu einander stehen und deshalb nicht nothwendig zusammen gehören müssen. Die Unhaltbarkeit dieses Grundes leuchtet aber schon aus dem Umstande ein, daß Beides, das Recht des Gläubigers (Abs. 1) und die Befugniß des Veräußerers (Abs. 2) aus einem und demselben Uebernahmevertrage entspringen. Dazu tritt unterstützend die Auffassung, welche nach den Motiven zu § 37 des Entwurfs von 1871 (Ausgabe von Werner Bd. 2 S. 25, 26) bei dem Vorschlage dieser Bestimmung vorgewaltet hat. Es wird dort nämlich ausgeführt, daß für den Gläubiger als Folge des ihm beigelegten unmittelbaren Klagerechts gegen den Uebernehmer der Verlust des persönlichen Klagerechts gegen den ursprünglichen Schuldner, das heißt den Veräußerer, festgesetzt ist. Die dem Veräußerer im Abs. 2 gewährte Möglichkeit, von seiner persönlichen Schuldverbindlichkeit frei zu werden, soll einen Ausgleich dafür bilden, daß dem Gläubiger im Abs. 1 auch ohne Beitritt und Cession gegen den Erwerber das direkte Klagerecht gegeben wird. Stellen wie die folgenden: „War der Käufer des Grundstücks, wie dies ganz regelmäßig geschieht, bei der Uebernahme der Hypotheken sich gegen seinen Verkäufer persönlich verpflichtet, ihm von der persönlichen Verbindlichkeit gegen den Gläubiger zu befreien u. s. w." — „Daß andererseits der Schuldner, der sein Grundstück für die Schuld verpfändet, in der Regel damit allein die Sicherheit gewähren will, und daß er, wenn er das Grundstück veräußert und die Hypothek auf den Preis verrechnen läßt, aus der Schuldverbindlichkeit herausgetreten zu sein meint" — zeigen auf's Deutlichste, daß der Abs. 1 des § 41 nur einen solchen Vertrag vor Augen hat, durch welchen der Erwerber mit der Hypothek zugleich die persönliche Schuldverbindlichkeit des Veräußerers übernimmt. Ueberdies würde, wenn die Absicht vorgelegen hätte, eine so auffallende, von den allgemeinen Rechtsregeln abweichende Neuerung einzuführen, nach welcher der Uebernahmevertrag für den Erwerber eine persönliche Verbindlichkeit gegenüber dem Gläubiger auch dann erzeuge, wenn eine solche gar nicht Gegenstand des Uebernahmevertrages ist, dies doch wohl erwähnt und gerechtfertigt sein. Davon enthalten aber die Materialien an keiner Stelle auch nur eine Andeutung. In der Literatur besteht denn auch kein Widerspruch dagegen, daß die Bestimmung des Abs. 1 des § 41 nur dann zur Anwendung kommt, wenn der Veräußerer persönlicher Schuldner der Hypothek ist. Vergl. Dernburg, Lehrbuch Bd. 2 S. 152 der 3. Aufl.; Förster-Eccius, Theorie und Praxis, 5. Aufl., Bd. 1 § 102 S. 693; Brettner in Gruchots Beiträgen Bd. 19 S. 719 flg. Nr. 1 und Bendix, das Preußische Gesetz über den Eigenthumserwerb ꝛc. S. 88 Anm. 5. Die Judikatur ist zwar mit der Entscheidung der hier erörterten Frage noch nicht ausdrücklich befaßt geworden, es finden sich aber Aussprüche, welche einer solchen Entscheidung fast gleichkommen dürften. So heißt es in dem Erkenntniß des vormaligen preußischen Obertribunals vom 20. März 1876 (Striethorst, Archiv Bd. 95 S. 315): „Durch die Uebernahme der Schuld geht der Uebernehmer dem Gläubiger gegenüber eine weitere Verpflichtung, als der Veräußerer hatte, nicht ein. Er überkommt nur dessen Schuldverhältniß." Und in dem Urtheil des ersten Hülfssenats des R. G. vom 16. März 1880 (Entscheidungen Bd. 1 S. 404) kommen folgende Sätze vor: „Der Zusammenhang beider Gesetzesstellen — der Abs. 1 und 2 des § 41 des E. E. G. — weist nothwendig darauf hin, daß die Verbindlichkeit, von welcher der Veräußerer befreit wird, durch die Uebernahme auf den Erwerber übergeht, und daß dem Gläubiger die persönliche Klage, welche er gegen den Veräußerer hatte, nunmehr gegen den Erwerber zustehen soll. Der Uebernehmer succedirt kraft gesetzlicher Vorschrift in die Obligation des Schuldners." V. C. S. i. S. Blank c. Schönbach vom 11. Juli 1888, Nr. 129/88 V.

33. Der Umstand, daß der Erwerb des Pfandgrundstücks unter Uebernahme der Hypotheken bei einer Erbtheilung erfolgt ist, steht der Anwendung des § 41 nicht entgegen. V. C. S. i. S. Blank c. Schönbach vom 11. Juli 1888, Nr. 129/88 V.

Zum Fischereigesetz vom 30. Mai 1874.

34. Das B. G. hat mit Recht angenommen, daß die Elbe, beziehungsweise der hier in Betracht kommende Theil derselben, als ein Gewässer, welches bisher dem freien Fischfange unterlegen habe, nicht anzusehen sei, weil der § 7 im Gegensatze zu den Fällen des § 6 Ges. vom 30. Mai 1874 auf die Fälle sich bezieht, in welcher die Fischerei als ein jus omnium commune Jedermann freistand, in welchen dies betreffende Gewässer dem absolut freien Fischfange unterlag. III. C. S. i. S. Gemeinde Stiegelse c. Fiskus vom 13. Juli 1888, Nr. 107/88 III.

Zum Enteignungsgesetz.

35. Der B. R. verletzt den Grundsatz, daß die Enteignungsentschädigung eine einheitliche, daß sie nämlich, gleichviel aus welchen Einzelposten sie sich zusammensetzt, der ungetrennte Preis ist für die Abtretung des Eigenthums. (R. G. E. Bd. 2 S. 243, Bd. 14 S. 267). § 8 Abs. 2 des Enteignungsgesetzes giebt im Fall einer Theilenteignung dem Eigenthümer nicht neben dem Anspruch auf den Werth der abzutretenden Fläche einen besonderen Anspruch auf Ersatz

des Minderwerths, welcher für das Restgrundstück durch die Abtretung entsteht, sondern bestimmt, daß die in dem vollen Werth des enteigneten Grundstücks bestehende Entschädigung auch jenen Minderwerth umfassen soll. Dieser Minderwerth des Restgrundstücks ist also lediglich als ein Theil des Werths der abgetretenen Parzelle gedacht, was er auch in der That ist, da die letztere ihren Werth für den bisherigen Eigenthümer nicht bloß in sich selbst, sondern auch in Beziehung zu dem Ganzen, dessen Theil sie bisher gewesen, hat. Der Eigenthümer würde auch bei freihändigem Verkauf sie nur zu einem Preise verkaufen, der ihn auch für den Nachtheil schadlos hält, der aus der Zertheilung des bisherigen Ganzen dem in seiner Hand verbleibenden Restgrundstück erwächst. Wenn daher der Richter abweichend von den im Enteignungsverfahren vernommenen Gutachten einen aus der Verkleinerung des Gutes sich ergebenden Minderwerth des Restgrundstücks und der darauf stehenden Gebäude feststellt und dem Kl. als Theil der ihm gebührenden Entschädigung zuspricht, so folgt hieraus noch nicht eine entsprechende Erhöhung der im Enteignungsverfahren festgesetzten Entschädigung, sondern nur eine Erhöhung desjenigen Werthes, welcher den enteigneten Parzellen an und für sich, d. h. ohne Rücksicht auf ihren Zusammenhang mit dem Restgrundstück beiwohnt. Erreicht der so erhöhte Werth nicht den Betrag der im Enteignungsverfahren festgesetzten Entschädigung, wie hier der Fall ist, so kann zwar, wenn der Entschädigungsbeschluß nur von Seiten des Eigenthümers angegriffen ist, die richterliche Entscheidung nicht unter die in jenem Beschluß festgesetzte Summe herabgehen, einer weiteren Beschränkung aber unterliegt dieselbe nicht. Der B. R. hat für seine Ansicht auf eine Entscheidung des R. G. in Sachen Jahnke wider Kreis Culm sich berufen. Dort ist allerdings reprobirt, daß der B. R. bei Festsetzung der Enteignungsentschädigung unter die dem in dieser Beziehung nicht angegriffenen Entschädigungsbeschluß zu Grunde liegende Werthschätzung und den demgemäß vorgenommenen Einheitssatz von 24 Mark pro Ar herabgegangen ist. Es konnten indessen die dortigen Ausführungen für maßgebend in dieser Sache umsoweniger erachtet werden, als jener Entscheidung ein wesentlich verschiedener Fall zu Grunde lag, da es sich dort bei Beschreitung des Rechtsweges nicht um die Höhe der Entschädigung für ein feststehendes Objekt handelte, sondern in erster Linie um die Feststellung der Größe und Grenzen des enteigneten Landes, welche in dem Resolut der Enteignungsbehörde vorbehalten war. V. C. S. i. S. Karsten c. Reichsmilitärfiskus vom 30. Juni 1888, Nr. 116/88 V.

36. Eine Werthsverminderung des Restgrundstücks hatte Kl. daraus hergeleitet, daß trotz der Verkleinerung des Gutes die gleichen Arbeitskräfte wie früher unterhalten werden müßten. Der B. R. tritt hier den Ausführungen des Kl. und den einen Minderwerth aus dem angegebenen Grunde annehmenden Gutachten einiger Sachverständigen mit der Erwägung entgegen: es sei an Stelle des enteigneten Landes das Entschädigungskapital, an Stelle der Naturalerträge, der Zinsengenuß getreten, ein Minderertrag also gar nicht vorhanden. Diese Erwägung ist vom Kl. mit Recht als rechtsirrthümlich angegriffen worden. Sie verstößt gegen das Prinzip des § 8 des Enteignungsgesetzes, welcher im Fall einer Theilenteignung dem Eigenthümer als Theil der ihm gebührenden Entschädigung neben dem Werth der enteigneten Grundstückstheile auch den Minderwerth des Restgrundstücks sichert. Dieser Minderwerth ist aber objektiv zu bestimmen und steht in keiner Beziehung zu dem Nutzen, welchen der Eigenthümer aus einem Kapital ziehen kann, welches lediglich den Werth des enteigneten Landes ohne Rücksicht auf seine bisherige Verbindung mit dem Restgrundstück deckt und zu decken bestimmt ist. Vergl. Entsch. bei voriger Nummer.

Zum Gesetz über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen vom 13. Juli 1883.

37. Zuzugeben ist dem B. R., daß ein Widerspruch gegen den Theilungsplan nur dem Interessenten der Zwangsversteigerung zusteht, und daß ein bloß persönlicher Gläubiger des Subhastaten — von hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmen abgesehen — dazu nicht zu rechnen ist. Wäre nun die Kl., wie der B. R. und mit ihm die Revision annimmt, bloß persönliche Gläubigerin des gütergemeinschaftlichen Vermögens, so würde daraus folgen, daß der Widerspruch derselben im Kaufgelderbelegungstermin nicht berücksichtigt werden durfte und ihre Klage abzuweisen war. Indeß die Kl. war in ihrer Eigenschaft als gütergemeinschaftliche Ehefrau nicht Gläubigerin ihres Mannes, sondern Miteigenthümerin des zur Subhastation gestellten Grundstücks. Wenn auch der Mann als Alleineigenthümer im Grundbuch eingetragen war, so war doch kraft der bestehenden Ehe das Grundstück durch den Erwerb seitens des Mannes ein Theil des gütergemeinschaftlichen Vermögens geworden und in das Miteigenthum der Frau übergegangen, A. L. R. Thl. II Tit. 1 § 371. Durch die Eintragung der Gütergemeinschaft im Grundbuch war dies Rechtsverhältniß auch für jedermann erkennbar geworden. Bestanden die angeblichen Forderungen des Bekl. zu Recht, so war die Kl. daraus ferner als Ehefrau zwar nicht persönlich dem Bekl. verpflichtet, aber sie war ihm verhaftet, soweit das gütergemeinschaftliche Vermögen reichte, und mußte sich seine Befriedigung daraus gefallen lassen, § 380 a. a. O. Auch darüber herrscht in Theorie und Praxis kein Zweifel, daß dem Gläubiger, der gegen den Ehemann eine rechtskräftige Forderung erstritten hat, diese durch Exekution in die Grundstücke der Ehegatten zu verfolgen das Recht zusteht. Durch die im Laufe des Prozesses eingetretene Ehescheidung ist nun insofern eine Aenderung in den rechtlichen Beziehungen der Eheleute zu einander eingetreten, als die bisher bestandene eheliche Gütergemeinschaft sich in ein Miteigenthum an der zur Zeit der Trennung vorhanden gewesenen gemeinschaftlichen Masse, das nach der Vorschrift des § 8 Thl. I Tit. 17 A. L. R. zu beurtheilen ist, umgewandelt hat. Aus dem Allen ergiebt sich, daß die Kl. Miteigenthümerin des fr. Grundstücks, auch in beschränktem Umfange Mitschuldnerin ist, und ihr darum das Recht nicht versagt werden kann, im Vertheilungsverfahren ihre Sonderrechte zur Geltung zu bringen. Das gegen den Ehemann ergangene Judikat steht der Kl. nicht entgegen. In dem Urtheil vom 27. April 1882 IV 933/81 (Gruchot Beiträge Bd. 26 S. 1166) ist vom R. G. der Rechtssatz aufgestellt, daß das in Betreff eines Mitgliedes der ehelichen Gütergemeinschaft ergangene Urtheil gegen das andere nicht rechtskräftig werde. Eines Eingehens auf diese Frage bedarf es jedoch im vorliegenden Fall nicht, da der Vorwurf der Arglist seitens der Kl. sich nicht bloß gegen die Schuldforderung, sondern auch gegen das Judikat richtet, dessen Entstehung sie gleichfalls auf Simulation und

Kollusion zurückführt, und deshalb, wenn die Behauptungen der Kl. wahr sind, auch das Judikat rechtliche Wirksamkeit nicht zu äußern vermag. Diese Unwirksamkeit äußert sich nicht bloß der Kl. gegenüber, sondern schlechthin, so daß das gesammte gütergemeinschaftliche Vermögen durch das Anerkenntniß des Bekl. und das darauf gegründete Urtheil nicht betroffen werden kann. — Bei dem Wegfall der Hypothek Abth. III Nr. 14 tritt dann an deren Stelle ein Ersatzanspruch gemäß §§ 58, 107 Gesetz vom 13. Juli 1883, wogegen die gebildete Streitmasse anderweit zu vertheilen ist. V. C. S. i. S. Weiß c. Weiß vom 11. Juli 1888, Nr. 130/88 V.

VII. Das Französische Recht (Badische Landrecht).

38. Die Rkl. rügt, daß die Annahme des B. R., das klagende Bürgerkrankenhaus habe die Rechte einer juristischen Person, auf rechtsirrthümlicher Auffassung beruhe. Bezüglich dieser Frage stützt der B. R. seine vorerwähnte Annahme auf die Anwendung des § 42 Tit. 19 Thl. II des A. L. R. und hält die Anwendung dieses in der Rheinprovinz nicht publizirten Gesetzes aus dem Grunde für gerechtfertigt, weil die gedachte Bestimmung dem inneren Staatsrechte angehöre und die Grundsätze des inneren Staatsrechts für die ganze Monarchie die gleichen sein müßten, daher auch die staatsrechtlichen Normen des Pr. A. L. R. im Gebiete des Rheinischen Civilrechts Gesetzeskraft hätten. Dieser Satz, welcher allerdings in der früheren rheinischen Rechtsprechung vielfach Anerkennung gefunden hat, kann in seiner Allgemeinheit nicht als zutreffend anerkannt werden. In Ermangelung einer in diesem Sinne bestehenden positiven gesetzlichen Bestimmung würde der Satz doch nur von solchen staatsrechtlichen Vorschriften gelten können, welche nothwendig im Staate einheitlich geordnet sein müssen. Darüber aber, welche Vorschriften in diesen Kreis gehören, und was überhaupt alles dem inneren Staatsrechte angehört, gehen die Meinungen in Doktrin und Rechtsprechung auseinander. Feste Grenzen lassen sich weder nach der einen noch nach der anderen Seite hin ziehen. Thatsächlich bestehen denn auch in den verschiedenen Landestheilen des Preußischen Staats in Folge der für einzelne Landestheile in Kraft gebliebenen oder später publizirten Spezialgesetze sehr erhebliche Verschiedenheiten in Bezug auf das innere Staatsrecht. Vergl. in dieser Hinsicht v. Roenne Bd. I § 2 Anm. 3; H. Simon, das Preußische Staatsrecht, Breslau 1844, Bd. I Einleitung S. XXVIII bis XXX. Schon diese Thatsache allein erscheint geeignet, die Richtigkeit des vom B. R. aufgestellten allgemeinen Satzes zu widerlegen. Demnach kann auch mit Bezug auf die vorliegende Frage nicht angenommen werden, daß die angezogene Bestimmung des A. L. R. in der Rheinprovinz Gesetzeskraft habe. Die Gründe des B. R., womit derselbe seine Annahme, daß das Krankenhaus die Rechte einer juristischen Person habe, rechtfertigt, sind daher als rechtsirrthümlich zu erachten. Es fragt sich für den Revisionsrichter weiter, ob etwa auf Grund der festgestellten Thatsachen von einem anderen rechtlichen Gesichtspunkte aus dem Krankenhause die Eigenschaft einer juristischen Person zugesprochen werden könne. In dieser Hinsicht hat die Kl. selbst in den Instanzen aufgestellt, daß auch durch die Kabinetsordre vom 29. April 1885, wodurch der König der in Rede stehenden Schenkung in Gemäßheit des Gesetzes vom 23. Februar 1870 die Genehmigung ertheilt hat, die rechtliche Wirkung erzielt worden sei, daß das Krankenhaus, wenn dies bis dahin noch nicht der Fall gewesen sein sollte, die Rechte einer juristischen Person erlangt habe. Diese Aufstellung kann jedoch nicht als haltbar bezeichnet werden. Die Genehmigung der Schenkung ist nach der Bestimmung des § 2 des genannten Gesetzes erfolgt, weil der Werth der Schenkung die Summe von 1000 Thalern überstieg, wobei allerdings davon ausgegangen wurde, daß das Krankenhaus bereits als juristische Person bestehe. Wenn der § 3 Abs. 2 des Gesetzes ausspricht, daß mit der Genehmigung die Schenkung als von Anfang an gültig zu betrachten sei, so liegt darin nur der Sinn, daß der Mangel der Genehmigung, ohne welche die Schenkung nicht zu Recht bestehen kann, als von Anfang an gehoben erachtet werden soll. Auf keinen Fall aber kann die fragliche Königliche Genehmigung, selbst wenn angenommen werden könnte, daß durch sie dem Krankenhause die Rechte einer juristischen Person verliehen worden seien, die rechtliche Wirkung gehabt haben, daß nun rückwärts dem Krankenhause schon zur Zeit des Abschlusses des Vertrages, 12. Mai 1884, die fragliche Eigenschaft beigewohnt habe und daß es also einen gültigen Vertrag habe abschließen können. Die fragliche Verleihung der Rechte einer juristischen Person würde höchstens vom Tage der Genehmigung, 29. April 1885, an datiren können. Demnach würde, wenn die vorgedachte Annahme rechtlich möglich wäre, zwar für den gegenwärtigen Prozeß die Parteifähigkeit der Kl. zugestanden werden können, aber die Schenkung selbst würde nicht zu Recht bestehen und ihre Klage würde aus diesem Grunde erfolglos erscheinen. Der B. R. hat, indem er die Anwendung des A. L. R. für zulässig hielt, die Frage nicht geprüft, ob nach dem in der Rheinprovinz geltenden französischen Rechte angenommen werden könne, daß dem Krankenhause die Rechte einer juristischen Person ertheilt worden seien, und es dementsprechend auch unterlassen, auf Grund der Erklärungen der Parteien und eventl. unter Anwendung des richterlichen Fragerechts diejenigen thatsächlichen Feststellungen zu treffen, welche für erforderlich gehalten werden müssen, um über diese Frage zu entscheiden. Vorauszuschicken ist in dieser Hinsicht, daß nach dem französischen Rechte, wie es im Jahre 1817 und auch 1827 in der Rheinprovinz in Geltung war, eine ausdrückliche Erklärung der Staatsgewalt nicht für erforderlich zu erachten war, um einem Krankenhause als Wohlthätigkeitsanstalt die Rechte einer juristischen Person zu verleihen, daß vielmehr eine solche Verleihung auch aus dem unzweideutigen Inhalte der betreffenden Erklärung der Staatsgewalt gefolgert werden könne. Das B. G. B. erkennt die Existenzfähigkeit solcher Anstalten und ihre Fähigkeit, selbstständig Träger von Rechten zu sein, in vielen Bestimmungen (z. B. Art. 910, 937, 1712, 2045) ausdrücklich an. Das schließt freilich nicht aus, daß im einzelnen Falle, um diese Existenz ins Leben zu rufen, eine Genehmigung der Staatsgewalt erforderlich ist. Aber wenn im Jahre 1817 der König, welcher der alleinige Inhaber der gesetzgebenden und der vollziehenden Gewalt des Staates war, eine Erklärung abgegeben hat, welche dahin verstanden werden muß, daß er dem Krankenhause die Rechte einer juristischen Person habe verleihen wollen, so ist eine solche Erklärung auch nach rheinischem Rechte für genügend zu erachten, um der Anstalt diese Rechte zuzuerkennen. Damit aber von einer Genehmigung der Anstalt als solcher

durch den König gesprochen und eine solche Genehmigung als erfolgt angenommen werden könne, bedarf es der Feststellung, was denn dieser Genehmigung von Seiten derjenigen Personen, welche das Krankenhaus gründen wollten, vorausgegangen ist. Insbesondere fehlt jede Feststellung darüber, ob, wie von der Kl. behauptet wird, der Kornverein im Jahre 1817 den Beschluß gefaßt hat, den Ueberschuß seiner Mittel für die Errichtung des Krankenhauses zu verwenden, und dadurch diese Vermögensmasse dem bezeichneten Zwecke bestimmt und unwiderruflich gewidmet worden ist, so wie auch, ob, in welchem Auftrage und in welchem Sinne dieser Beschluß vor Erlaß der Kabinets-Ordre vom 13. Dezember 1817 zur Kenntniß des Königs gebracht worden ist. Weiter lassen die Gründe nicht mit Bestimmtheit erkennen, ob der B. R. die juristische Person als mit der Kabinets-Ordre vom 13. Dezember 1817 ins Leben getreten ansieht, oder mit der Errichtung und Genehmigung der Grundgesetze des Krankenhauses vom 23. Januar 1827. Nur im ersteren Falle würde die Annahme der juristischen Person haltbar und der mit dieser Annahme in Widerspruch tretende Inhalt der Grundgesetze für rechtlich bedeutungslos angesehen werden können. War nämlich das Krankenhaus im Jahre 1817 bereits juristische Person geworden, so war diese die Trägerin des Vermögens, wenn auch thatsächlich das Haus erst nach dem Jahre 1817 gebaut worden ist. Alsdann konnten im Jahre 1827 die Mitglieder des Kornvereins dem rechtlich bestehenden Institute das Vermögen nicht wieder entziehen, und die Bestimmung der Grundgesetze, daß das Krankenhaus im Eigenthum der Aktionäre des Kornvereins stehe, erscheint unerheblich und kann ohne Rechtsirrthum dahin ausgelegt werden, daß sie in Verbindung mit dem übrigen Inhalte der Grundgesetze nur den Zweck habe, die Grundlage für eine geordnete Verwaltung des Krankenhauses zu schaffen. — Würde aber die Auffassung des O. L. G. dahin gehen, daß erst mit der Errichtung der Grundgesetze die juristische Person ins Leben getreten sei, so würde diese Auffassung, abgesehen von dem vorerwähnten, in den Grundgesetzen selbst enthaltenen Widerspruche, schon deshalb unhaltbar sein, weil weder der Kornverein durch die Errichtung noch die Königliche Regierung durch die lediglich für die Zwecke der Verwaltung ihr zukommende Genehmigung der Statuten dem Krankenhause die Eigenschaft einer juristischen Person verleihen konnten. II. C. S. i. S. Vogdt-Eller c. Bürgerkrankenhaus Elberfeld vom 10. Juli 1888, Nr. 126/88 II.

39. Nach französischem Rechte kann die Erbtheilung, wie von der Rechtsprechung einstimmig anerkannt wird, nur unter Zuziehung aller Betheiligten stattfinden, die der Widerklage entsprechende Entscheidung erster Instanz ist daher mit Recht aufgehoben worden. Unzutreffend erscheint es, wenn die Revision ausführt, die Verurtheilung des Widerbkl. zur Herausgabe eines Vermögensstückes möge zwar unzulässig sein, aber es stehe doch nichts im Wege, festzustellen, daß der Widerbkl. noch Vermögen seines Sohnes hinter sich habe und zur Theilung sowie zur Kautionsbestellung verpflichtet sei. Diese Feststellung kann ebensowenig wie die Verurtheilung anders als unter Zuziehung der sämmtlichen Erbberechtigten erfolgen. Von dieser Feststellung aber ist es abhängig, ob der Vater Vermögen seiner Kinder auf Grund des Testamentes seiner Ehefrau als Nutznießer im Besitze habe und daher zur Kautionsstellung verbunden sei. Die Abweisung des Antrags auf Kautionsleistung ist nur zur Zeit, als in dem schwebenden Prozesse unzulässig erfolgt und Revisionskl. ist dadurch nicht beschwert. II. C. S. i. S. Geiß c. Geiß vom 10. Juli 1888, Nr. 123/88 II.

40. Die Rüge, daß der B. R. den Art. 933 cit. durch seine Entscheidung verletzt habe, kann nicht für begründet erachtet werden. Es ist anzuerkennen, daß die Formvorschriften des genannten Artikels im Allgemeinen strenge auszulegen sind, weil das Gesetz den Schenkungen nicht günstig ist und deshalb erschwerende Formen für dieselben schaffen wollte. Dadurch wird aber nicht ausgeschlossen, daß im einzelnen Falle nach dem Sinne und der Absicht der betreffenden Vorschrift gefragt und darnach entschieden werden muß, ob im Sinne des Gesetzes der Vorschrift genügt sei oder nicht. Wenn nun der Art. bestimmt, daß eine Ausfertigung der Vollmacht der Urschrift des Schenkungsaktes beigefügt werden müsse, so erscheint zunächst die Aufstellung der Kl., daß es sich bei der Autorisation der beiden Personen, welche für die Kl. die Schenkung angenommen haben, überhaupt nicht um eine Vollmacht im Sinne des Art. 933 handle, unzutreffend. Nach der vorgelegten Ausfertigung der notariellen Verhandlung vom 3. Mai 1884 hat zunächst die Generalversammlung des Kornvereins ihren Vorstand ermächtigt, die fragliche Schenkung anzunehmen, und sodann hat dieser Vorstand die beiden bei Thätigung des Schenkungsaktes für die Kl. aufgetretenen Personen gewählt „behufs Vollziehung des mit Frau X. abzuschließenden Schenkungsaktes." Der letztere Auftrag ist Nichts Anderes, als eine Vollmacht, wie sie im Art. 933 vorausgesetzt wird. Dagegen muß als der Zweck der fraglichen Bestimmung angesehen werden, daß durch die Anheftung der Vollmacht an die Urschrift dies Vorhandensein der Vollmacht vor dem Schenkungsakte unbedingt sicher gestellt und der Notar in die Lage gesetzt werde, bei der Ausfertigung des Schenkungsaktes sofort den Vollmachtsakt mit ausfertigen zu können. Das Gesetz hat hier offenbar zunächst den Fall im Auge gehabt, wo die Vollmacht von einem anderen Notar aufgenommen war. Hat aber der Notar, wie geschehen, selbst die Vollmacht aufgenommen, und beruht dieselbe bei seinen übrigen Urschriften, so ist anzunehmen, daß durch die Beziehung auf diese Urschriften im Schenkungsakte der Vorschrift des Gesetzes genügt sei. II. C. S. i. S. Vogdt-Eller c. Bürgerkrankenhaus Elberfeld vom 10. Juli 1888, Nr. 126/88 II.

41. Die streitige Forderung bildet den Gegenstand der in dem Schriftstücke vom 19. Oktober 1878 niedergelegten Vereinbarung, in welcher Kl. erklärt: „Diese Restsumme, welche mir mein Sohn Otto schuldet, soll mir mein Sohn Theodor von heute ab schuldig sein und Otto damit entlastet werden für durch Otto an Theodor übergebene Waaren." Der B. R. findet in dieser Vereinbarung insoweit eine Novation, als an die Stelle der alten Schuld eine neue getreten sei (Art. 1271 Ziffer 1 des B. G. B.). Er findet in dem Schriftstücke ferner den Ausdruck der Absicht, an Stelle des alten Schuldners einen zweiten zu setzen, gelangt aber zu der Annahme, daß nach dieser Richtung überhaupt keine Novation, jedenfalls keine unbedingte vorliege. Die für diese Annahme vorgetragenen Gründe sind indessen nicht geeignet, die Entscheidung zu rechtfertigen. Behufs Ermittelung der Absicht der Kontrahenten (Art. 1156) nimmt

der Richter Bezug auf die zur Zeit des Vertragsschlusses vorliegenden Verhältnisse. Er zieht daraus den Schluß, daß Kl. den Schein nur zu dem Zwecke ausgestellt habe, dem Bekl. eine Gegenleistung für die an Theodor übertragenen Waaren zu sichern und zwar nur bis zu dem Zeitpunkte, in welchem die von vornherein in Aussicht genommene Rückübertragung des Geschäfts von Theodor auf den Bekl. erfolgen werde. Den dieser Absicht entsprechenden Ausdruck findet der Richter in dem Scheine vom 19. Oktober 1878, weil Kl. darin den Bekl. nicht freigebe, sondern nur entlaste, die Waarenübergabe auch nicht als Beweggrund sondern als den Gegenwerth seiner Erklärung darstelle. Diese Ausführung wird von einer rechtsirrthümlichen Auffassung des Art. 1271 Ziffer 2 des B. G. B. beherrscht. Die Ausdrücke Entlastung und Freigebung stehen zu einander nicht in einem Gegensatze, sondern sind ebenso wie Auflösung und Aufhebung einer Verbindlichkeit nur bildliche Bezeichnungen für den Rechtsbegriff der Beendigung einer Verbindlichkeit. Das Gesetz bedient sich grade bei der Begriffsbestimmung der subjektiven Rechtswandlung (Art. 1271 Ziffer 2, 1275) des Ausdruckes entlasten (décharger) im Gegensatze zu der Delegation. Wenn daher die Urkunde sich wörtlich dem Ausdrucke des Gesetzes anschließt, so erscheint es rechtsirrthümlich, den Worten der Urkunde einen andern als den gesetzlichen Sinn beizulegen und aus der Urkunde selbst den Schluß zu ziehen, daß eine Freigabe des Schuldners nicht beabsichtigt worden sei, und das Hinzutreten eines anderen Schuldners nur so lange habe in Gültigkeit bleiben sollen, bis Bekl. das Geschäft wieder übernehme. II. C. S. i. S. Geiß c. Geiß vom 10. Juli 1888, Nr. 123/88 II. M.

Personal-Veränderungen.

Zulassungen.

Georg Michael Ottoweber beim Amtsgericht Donauwörth; — v. Fadiankowski beim Landgericht Allenstein; — Grimm beim Langericht Ravensburg; — Julius Schweitzer beim Amtsgericht Reutlingen; — Dr. jur. Hugo Hennicke beim Amtsgericht Roßwein; — Albert Neumann beim Landgericht Stuttgart; — Max Byk beim Landgericht Frankfurt a. M.; — Berendt Kantorowicz beim Amtsgericht Koschmin.

Löschungen.

Georg Michael Ottoweber beim Landgericht Eichstätt; — Dr. Emil Dittmar beim Landgericht Gießen; — Martini beim Landgericht Landshut; — Byk beim Oberlandesgericht Frankfurt a. M.; — Dr. jur. Heß beim Landgericht Frankfurt a. M.; — Karl Heymann beim Landgericht Memmingen; Schulze beim Amtsgericht Staßfurt; — Eduard Christian Kirchner beim Oberlandesgericht Rostock; — Justizrath Hermann Lange beim Amtsgericht Quakenbrück.

Ernennungen.

Zu Notaren wurden ernannt: Frost in Putzig für den Bezirk des Oberlandesgerichts Marienwerder und Wohnsitz in Putzig; — Blumenthal für den Bezirk des Kammergerichts und Wohnsitz in Wittstock; — Kayser in Straßburg und Dr. Schmidt in Schirmeck für den Bezirk des Landgerichts Kolmar und Wohnsitz in Jebsheim und Markolsheim; — Levysohn in Danzig für den Bezirk des Oberlandesgerichts Marienwerder und Wohnsitz in Danzig.

Todesfälle.

Clemens Landmann in Iserlohn; — Ernst Scheuffler in Pirna; — Robert Fränzel in Dresden; — v. Schuizbar genannt Mitchling in Fulda; — L. Koenig in Korbach; — L. Koenig in Kassel.

Für die Redaktion verantw.: S. Haenle. Verlag: W. Moeser Hofbuchhandlung. Druck: W. Moeser Hofbuchdruckerei in Berlin.

№ 42. Berlin, 1. September. 1888.

Juristische Wochenschrift.

Herausgegeben von
S. Haenle, Justizrath, Rechtsanwalt in Ansbach.
und
M. Kempner, Rechtsanwalt beim Landgericht I. in Berlin.

Organ des deutschen Anwalt-Vereins.

Preis für den Jahrgang 20 Mark. — Inserate die Zeile 40 Pfg. — Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt.

Inhalt.

Aufsätze für die Juristische Wochenschrift, welche acht Spalten überschreiten, können nur ausnahmsweise angenommen werden. Aufsätze, welche sich auf Angelegenheiten des Anwaltstandes und die Reichsjustizgesetze beziehen, erhalten den Vorzug.

Die Redaktion.

Vereinsnachrichten.

I.

Die Herren Vereinsmitglieder werden darauf aufmerksam gemacht, daß nach § 3 der Satzungen der Vereinsbeitrag von 15 Mark für das Kalenderjahr 1889 in der Zeit vom 15. September bis 1. Oktober 1888 an mich einzusenden ist. Beiträge von Mitgliedern, welche den 1. Januar 1889 nicht erleben, werden den Erben erstattet.

Die Herren Vereinsmitglieder werden dringend gebeten, die nach dem 1. Oktober 1888 nothwendige, für die Vereinsleitung beschwerliche und für die Mitglieder kostspielige Postnachnahme gefälligst zu vermeiden.

II.

Die Auslieferung des Terminkalenders für 1889 soll Mitte September d. J. erfolgen. Die Herren Vereinsmitglieder, welche durchschossene Exemplare wünschen, bitte ich solches unter Einsendung von 60 Pf. in Briefmarken bis 8. September d. J. gefälligst mir zu melden, da die Versendung der ganzen Vereinsauflage von Leipzig aus erfolgen soll.

Leipzig, 1. September 1888.

Mecke, Justizrath, Schriftführer.
Salomonstraße 5.

Deutscher Juristentag.

Stettin, im Juli 1888.

Diejenigen auswärtigen Theilnehmer an dem diesjährigen zu Stettin stattfindenden Juristen-Tage, welche dem Wohnungs-Ausschusse Auftrag zur Unterkunfts-Beschaffung ertheilen wollen, werden dringend ersucht, ihre Anmeldungen spätestens bis 8. September d. J. an Herrn Rechtsanwalt Boyens zu Stettin gelangen zu lassen und zugleich darüber sich zu äußern, ob eine Miethswohnung in einem Gasthofe oder in einem Privathause gewünscht, oder ob das Erbieten von Bewohnern Stettins zur gastlichen Aufnahme insbesondere auch von Familien angenommen wird.

Die Aufnahme neuer Mitglieder erfolgt auch in Stettin.

Der Wohnungs-Ausschuß.

Aus der Praxis der Strafsenate des Reichsgerichts.

(Rechtsprechung aus der Zeit von Anfang Mai bis Mitte Juli 1888.)

I. Zum Reichsstrafgesetzbuch.

1. §§ 27, 44.

Auch bei dem Versuch eines Vergehens darf eine zu verhängende Geldstrafe nicht unter 3 Mark bemessen werden, auch wenn das Gericht selbst bei Vorliegen der Vollendung nur diese Strafe angemessen befunden haben würde. Urth. des III. Sen. v. 28. Juni 1888 (1406/88).

2. §§ 74, 123, 303, 370, Ziff. 5.

Wer in die Behausung eines Andern gewaltsam einbricht, um daselbst einen Mundraub zu begehen, ist strafbar wegen

Hausfriedensbruchs, Sachbeschädigung und Mundraub in realem Zusammenflusse. Urth. des II. Sen. v. 29. Mai 1888 (1148/88).

3. § 155 Ziff. 2 Str. G. B. § 66 Str. Pr. O.

Die prozessuale Unzulässigkeit einer Berufung auf einen geleisteten Eid, z. B. eine solche Versicherung in der Hauptverhandlung, nachdem der Eid im Vorverfahren geleistet war, entschuldigt denjenigen nicht, welcher als Zeuge eine solche Versicherung wissentlich falsch abgiebt. Urth. des IV. Sen. v. 15. Mai 1888 (1002/88).

4. § 174 Ziff. 1.

Nach preußischem Rechte ist derjenige, welcher durch Vertrag mit einer städtischen Waisenverwaltung die Erziehung eines Kindes ohne Beschränkung bezüglich der sittlichen Erziehung übernommen hat, Pflegevater im Sinne des § 175 Ziff. 1. Urth. des II. Sen. v. 13. Juni 1888 (1548/88).

5. § 175.

Wenn ein Mann zur Befriedigung der Wollust den Geschlechtstheil eines Andern in den Mund nimmt, so übt er widernatürliche Unzucht, auch wenn der Andere sich dieser Handlung nicht bewußt ist. Urth. des III. Sen. v. 28. Mai 1888 (859/88).

6. § 223.

Jede vorsätzliche und rechtswidrige Einwirkung auf den Körper eines Andern, welche eine Störung des körperlichen Wohlbefindens hervorruft, ist Mißhandlung, also auch die Darreichung einer Substanz, welche getrunken schlechten Geschmack und Stumpfwerden der Zähne bewirkt. Urth. des II. Sen. v. 18. Mai 1888 (1089/88).

7. § 244.

Wenn eine Person wegen einer Handlung, welche zur Zeit der Aburtheilung wegen Diebstahls als Feldiebstahl anzusehen gewesen wäre, auf Grund der früheren Gesetzgebung wegen Diebstahls bestraft war, so ist diese Vorstrafe geeignet, bei der Frage, ob Rückfall vorliegt, in Anrechnung zu kommen. Urth. des III. Sen. v. 28. Juni 1888 (1452/88).

8. §§ 263, 43.

Betrugsversuch kann auch begangen werden zu einer Zeit, in welcher das Objekt der That noch nicht vorhanden war. Urth. des I. Sen. v. 9. Juli 1888 (1495/88).

9. § 267.

Die Anzeige einer strafbaren Handlung, welche geeignet ist, Strafverfolgung gegen die angezeigte Person zu veranlassen, ist, wenn sie schriftlich unter falschem Namen erfolgt, als Urkundenfälschung strafbar. Urth. des IV. Sen. v. 15. Mai 1888 (1018/88).

10. Ladungen des Angeklagten zu einer Hauptverhandlung entbehren des Charakters einer öffentlichen Urkunde nicht, wenn auch der Eröffnungsbeschluß nicht beigefügt ist, oder die richtige Warnung wegen der Folgen des Ungehorsams fehlt, oder die Uebersendung durch die Post erfolgt. Dagegen darf die Ausfertigung nur vom zuständigen Staatsanwalt bewirkt sein. Urth. des IV. Sen. v. 6./13. Juli 1888 (1361/88).

11. § 271.

Wer unter falschem Namen für einen Andern eine Strafe erleidet, ist nicht wegen intellektueller Urkundenfälschung in Bezug auf solche Strafvollzugsnachweise, wie die dem Reichsjustizamte überschickte Strafnachricht, strafbar, welche nicht bestimmt ist, die Identität der als bestraft bezeichneten Person zu beurkunden. Urth. des I. Sen. v. 17. Mai 1888 (1050/88).

12. § 286 Str. G. Bch. § 2 Einf. Ges. z. Str. G. Bch.

Durch die Bestimmung des § 286 Abs. 2 wird die Materie der öffentlichen Ausspielungen erschöpfend behandelt und bleibt daneben kein Raum für landesgesetzliche Bestimmungen. Hiernach sind im Deutschen Reiche nur öffentliche Ausspielungen strafbar, deren Entscheidung vom Zufall abhängt und welche ohne polizeiliche Genehmigung unternommen sind. Urth. des III. Sen. v. 3. Mai 1888 (751/88).

13. § 286 Abs. 2.

Ausspielung von Sachen liegt auch dann vor, wenn der Spieler gegen einen bestimmten Einsatz aus einem Sack einen verdeckten Gegenstand greift, weil die Wahl des ungewissen Gegenstandes durch Zufall entschieden wird. Dies ist selbst dann der Fall, wenn die Gegenstände mit dem Einsatz gleichwerthig sind. Urth. des II. Sen. v. 18. Mai 1888 (1113/88).

14. § 288.

Wenn die Zwangsvollstreckung zu Gunsten des Fiskus für Gerichtskosten vereitelt wird, so hat für die Gerichtskasse in Preußen der Kassenkurator, nicht der Kassenrendant den erforderlichen Strafantrag zu stellen. Urth. des IV. Sen. v. 18. Mai 1888 (1017/88).

15. § 289.

Nach diesem Paragraph ist derjenige strafbar, der als Eigenthümer einer Sache an dieser mit einem Gebrauchsberechtigten gemeinschaftlich den Gewahrsam hat und diese Sache dadurch wegnimmt, daß er dieselbe in seinen ausschließlichen Gewahrsam bringt und hierdurch dem Mitgebrauch des Berechtigten entzieht. Urth. des II. Sen. v. 8. Mai 1888 (1013/88).

16. § 289 (Preußen).

Die Bestimmung, daß der Miether das Retentionsrecht nur so weit ausüben darf, als er der Deckung bedarf, rechtfertigt in Preußen nicht die eigenmächtige Wegnahme retinirter Sachen, sondern nur Klage beim Civilrichter. Urth. des IV. Sen. v. 10. Juli 1888 (1505/88).

17. § 292 (Preußen).

Derjenige ist wegen Jagdvergehens strafbar, welcher auf seinem eingefriedigten Grundstücke die Jagd ausübt, ehe eine Entscheidung des Landraths darüber ergangen ist, daß die Einfriedigung als dauernd und vollständig zu betrachten sei. Urth. des I. Sen. v. 14. Mai 1888 (949/88).

18. § 295 Str. G. B. § 111 Str. Pr. O.

Die Einziehung des zu einem Jagdvergehen mißbrauchten Schießgewehrs kann nicht verfügt werden, wenn die Hinausgabe desselben an einen unbetheiligten Dritten gesetzlich geboten ist, wie dann, wenn das Gewehr vorher gestohlen war und dem Eigenthümer zu verabfolgen ist. Urth. des I. Sen. v. 2. Juli 1888 (1426/88).

II. Zur Reichsstrafprozeßordnung.

1. §§ 22, 74 Str. Pr. O.

Bahnpolizeibeamte, welche im Interesse des inneren Eisenbahndienstes Erhebungen über vorgekommene Betriebsstörungen gepflogen haben, nicht auf Veranlassung der Strafverfolgungsbehörden, können selbst dann nicht als in der Sache als Polizeibeamte thätig angesehen und deshalb als Sachverständige ab-

gelehnt werden, wenn ihre Erhebungen später zur Strafverfolgung die Veranlassung geboten haben. Urth. des III. Sen. v. 30. April 1888 (777/88).

2. §§ 28, 375 Str. Pr. O.

Ein Beschluß oder Urtheil, durch welche die Ablehnung eines Sachverständigen für begründet erklärt wird, kann durch Rechtsmittel angefochten werden und bezieht sich § 28 nur auf die Ablehnung von Richtern. Urth. des III. Sen. v. 30. April 1888 (777/88).

3. § 94 Str. Pr. O. § 137 Str. G. B.

Die Beschlagnahme von Ueberführungsgegenständen wird nicht durch die Anordnung allein vollzogen, sondern fordert noch einen besonderen Ausführungsakt. Jedoch kann dieser schon in einem amtlichen Verbot der Entäußerung bestehen und fordert keine förmliche Besitzergreifung. Urth. des IV. Sen. v. 19. Juni 1888 (918/88).

4. § 222 Str. Pr. O.

Wenn eine Zeugin, welche der Entbindung nahe ist, so daß ihr Erscheinen erst in 4—6 Wochen zu ermöglichen wäre, wegen Verhinderung durch Gebrechlichkeit für längere Zeit kommissarisch vernommen und das Vernehmungsprotokoll verlesen wird, so verstößt dies gegen keine Rechtsnorm. Urth. des III. Sen. v. 25. Juni 1888 (1443/88).

5. § 243 Abs. 2 Str. Pr. O.

Das Instanzgericht hat nicht blos das Recht, sondern auch die Pflicht, ihm bekannte Beweismittel von Amtswegen herbeizuschaffen, wenn die von der Anklage beigebrachten oder die sonst beantragten Beweismittel nicht genügen, über erhebliche Punkte feste richterliche Ueberzeugung zu begründen. Es ist rechtsirrig, wenn das Gericht bei nicht genügendem Belastungsbeweis trotz weiteren bekannten Belastungsmaterials den Angeklagten freispricht. Urth. des I. Sen. v. 4. Juni 1888 (1124/88).

6. § 255 Str. Pr. O.

Erklärungen öffentlicher Behörden, welche keine Leumundszeugnisse enthalten, auch Zusammenstellungen solcher über die eigene Thätigkeit können verlesen werden. Ausländische Behörden können hierbei von inländischen nicht unterschieden werden. Urth. des IV. Sen. v. 22. Juni 1888 (979/88).

7. §§ 266, 274, 377 Str. Pr. O. § 199 Str. G. B.

Wenn Umstände behauptet sind, durch welche der Richter sich veranlaßt sehen könnte, wegen Kompensation von Beleidigungen Straffreiheit eintreten zu lassen, so muß sich das Urtheil über dieselben aussprechen, außerdem würde sich das Urtheil zur Aufhebung eignen. Daß diese Umstände behauptet wurden, kann, wenn das Urtheil darüber schweigt, nur durch das Protokoll bewiesen werden. Ein Nachtrag zu diesem ist nach Uebergabe desselben zu den Akten unzulässig. Urth. des II. Sen. v. 1. Mai 1888 (931/88).

8. § 301 Str. Pr. O.

Eine Verfehlung gegen die Bestimmung, daß der Angeklagte während der Berathung der Geschworenen aus dem Sitzungszimmer zu entfernen sei, könnte nur dann zur Aufhebung des Urtheils führen, wenn dieses durch jene Verfehlung beeinflußt war. Urth. des II. Sen. v. 29. Mai 1888 (1146/88).

9. § 377 Ziff. 1, 2 Str. Pr. O.

Unter eine dieser Bestimmungen kann die Mitwirkung eines Richters in einer Strafsache nicht subsumirt werden, welcher nach einem Thronwechsel ohne Erneuerung seines richterlichen Diensteides fungirt. Urth. des IV. Sen. v. 15. Mai 1888 (1044/88).

10. § 383 Str. Pr. O.

Dem Revidenten muß nicht das gesammte erlassene Urtheil zugestellt werden, sondern nur in den Theilen, welche ihn berühren. Urth. des III. Sen. v. 7./14. Juni 1888 (419/88).

11. § 384 Abs. 2 Str. Pr. O.

Die Behauptung, die Vertheidigung sei durch die sämmtlichen Beschlüsse, durch welche Beweisanträge der Vertheidigung abgelehnt worden waren, unzulässig beschränkt worden, enthält keine genügende Bezeichnung der den Mangel enthaltenden Thatsachen, um als zulässige Revisionsbeschwerde zu dienen. Urth. des IV. Sen. v. 22. Juni 1888 (979/88).

12. §§ 410, 413 Str. Pr. O.

Ein im Wiederaufnahmeverfahren ergangenes Urtheil, welches das frühere aufrecht erhält, muß durch seine Motivirung ersehen lassen, daß der Thatbestand auf Grund der neuen Verhandlung selbstständig geprüft ist. Die Untersuchung, ob das frühere Urtheil durch die neuen Beweiserhebungen widerlegt ist, genügt nicht. Urth. des III. Sen. v. 11. Juni 1888 (1208/88).

13. § 435 Abs. 2 Str. Pr. O.

Der in einer Strafsache zu Ungunsten des Angeklagten geleistete Meineid ist als gegen Freiheit oder Vermögen des Angeklagten gerichtet anzusehen, weshalb der verurtheilte Angeklagte, nachdem auf seinen Antrag gemäß § 170 Str. Pr. O. die Erhebung der öffentlichen Klage beschlossen worden war, sich dem Verfahren wegen Meineids als Nebenkläger anschließen kann. Beschl. des II. Sen. v. 29. Mai 1888 (1196/88).

III. Zu verschiedenen Gesetzen strafrechtlichen und prozessualen Inhalts.

1. §§ 61, 65 Ger. Verf. Ges. § 377 Ziff. 1 Str. Pr. O.

Ein erkennendes Gericht, dessen Vorsitzender von der betreffenden Landesjustizverwaltung nicht zum Direktor ernannt, sondern nur auf Dauer oder bestimmte Zeit mit der Funktion des Vorsitzes betraut war, ist, wenn auch die spezielle Kammer des Landgerichts, in welcher er den Vorsitz führt, vom Präsidium bestimmt worden war, nicht vorschriftsmäßig besetzt. Urth. des III. Sen. v. 11. Juni 1888 (1106/88).

2. § 210 Konk. O. § 49 Str. G. B.

Der einfache Bankerutt kann fahrlässig und vorsätzlich begangen werden. Ist letzteres der Fall, so ist auch eine strafbare Beihülfe rechtlich möglich. Urth. des IV. Sen. v. 13. Juli 1888 (1580/88).

3. § 97 Gerichtskosten Ges. v. 18. Juni 1878.

Die Landesgesetzgebung ist nicht in der Lage, außer den in der Anweisung des Bundesraths vom 23. April 1880 über die Form des Ersuchens um Kosteneinziehung gegebenen Vorschriften die zu gewährende Rechtshülfe noch an weitere formelle Voraussetzungen zu knüpfen. Solche landesgesetzliche Bestimmungen sind unwirksam. Beschl. des I. Sen. v. 14. Mai 1888 (1791/88).

4. §§ 33, 146 Ziff. 1, 147 Ziff. 1 R. Gewerbe O. v. 21. Juni 1869 Fassung v. 1. Juli 1883.

Kantinen-Wirthe in Fabriken, welche Getränke zum sofortigen Konsum verkaufen, wenn auch nur zur Verzehrung an den Arbeitsstellen, sind Schankwirthe und können bezüglich

Kreditirung von Waaren als Beauftragte der Fabrikanten erscheinen, welche die Wirthschaft gestatten. Durch bloße Nichtverhinderung des Kreditirens werden jedoch die Fabrikanten nicht Mitthäter. Urth. des III. Sen. v. 7./14. Juni 1888 (419/88).

5. § 1 R. Postges. v. 28. Oktober 1871.

Die Briefbeförderung Seitens Privater gegen Bezahlung zwischen Orten, an welchen Postanstalten bestehen, ist verboten, auch wenn die Beförderung hierzu angesammelter Briefe in Postpaketen erfolgt. Urth. des I. Sen. v. 2. Juli 1888 (1001/88).

8. § 8 R. Ges. v. 9. Januar 1878 betr. das Urheberrecht von Werken der bildenden Künste.

Die Nachbildung von Bildern mittels Lithophanie oder ähnlichen Verfahrensarten ohne Genehmigung des zur Nachbildung Berechtigten ist nicht dadurch gesetzlich geschützt, daß sie als eine Nachbildung mittels der plastischen Kunst erscheint. Urth. des II. Sen. v. 18. Mai 1888 (1083/88).

7. Mit dem Ausdruck „Kunstform" will das Gesetz weder den Gegensatz von plastischer und zeichnender Kunst allein, noch das Kunstverfahren bezeichnen, sondern die Form, in welcher ein künstlerischer Gedanke zur äußeren Erscheinung gelangt ist, so bildet Malerei und Zeichnen oder Relief-Darstellung und volle Rundform verschiedene Kunstformen dar. Urth. des I. Sen. v. 20. Juni 1888 (1073/88).

8. § 19 R. Ges. v. 21. Oktober 1878 gegen die gemeingefährlichen Bestrebungen der Sozialdemokraten.

Das Tragen verbotener Schriften an einen Ort, an welchen die Schriften Anderen zugänglich gemacht werden sollen, enthält an sich weder vollendete noch versuchte Verbreitung. Geschieht es aber nach Verabredung mit einem Andern, der durch die Hingabe an die Träger schon verbreitet hat, so liegt hierin je nach dem Vorsatze der Träger Beihülfe oder Mitthäterschaft. Urth. des II. Sen. v. 13. Juli 1888 (1544/88).

9. § 4 R. Stempelges. v. 1. Juli 1881 (Fassung v. 3. Juni 1885).

Unter „Auflegen von Aktien zur Zeichnung" im Sinne des § 1 ist nicht blos das Anbieten von Aktien an Nichtgründer zum Erwerb mittels Zeichnung zu verstehen, sondern jedes Verfahren, durch welches der Werth von Aktien innerhalb eines gewissen Personenkreises mittels schriftlicher Verpflichtung der Zeichner aufgebracht werden soll, also auch die Uebernahme der Aktien durch die Gründer im Gesellschaftsvertrage. Urth. des II. Sen. v. 12. Juni 1888 (1272/88).

Ueber die Kostenpflicht im Beschwerdeverfahren.

I. Während die Kosten einer erfolglosen Beschwerde nach § 92 C. P. O. und § 45 des G. K. G. dem Beschwerdeführer aufzuerlegen sind und allenfalls die Niederschlagung der Gerichtskosten gemäß § 6 des G. K. G. zweifelhaft werden kann, besteht über die Frage, ob die Kosten einer begründeten Beschwerde, zu welcher jedoch der Gegner keine Veranlassung gegeben hat, diesem zur Last fallen, die größte Meinungsverschiedenheit. Es giebt kaum einen Gerichtshof, welcher diese in der Praxis so überaus häufige Frage stets in demselben Sinne beantwortet hat, vielmehr finden sich vielfach Entscheidungen sogar desselben Senats, welche die Frage in dem einen Fall bejahen, in einem anderen verneinen. Das Reichsgericht hat in dem Beschl. des III. C. Sen. v. 20. März 1883, welcher die Beschwerde eines Anwalts über die ihm persönlich auferlegten Beschwerdekosten für begründet erachtet, sich dahin ausgesprochen:

> Die C. P. O. behandelt das Festsetzungsverfahren in den §§ 98 ff. als ein selbstständiges; über die durch ein solches Verfahren entstehenden Kosten ist gemäß den in §§ 87 ff. ausgesprochenen Grundsätzen zu befinden. Erheben sich in diesem Verfahren Streitigkeiten oder verfolgt die Partei, welcher ein Anspruch auf Kostenerstattung zusteht, oder für dieselbe ein Anwalt sofortige Beschwerde, so muß die dadurch veranlaßten Kosten (§ 30 Nr. 3 der G. O. für R. A., § 99 C. P. O.) die unterliegende Partei in derselben Weise tragen, wie sie dieselben unter ähnlichen Umständen im Prozesse über den Hauptgegenstand zu erstatten gehabt hätte. Eine Verurtheilung des Anwalts kann dagegen nur auf Grund des § 97 C. P. O. erfolgen. (Seuffert's Arch. Bd. 39 Nr. 53 S. 86).

während der Beschluß des Ferien-Sen. vom 27. Juli 1880 (Blum's Annalen Bd. 1 S. 504) die kostenlose Anerkennung der Zulässigkeit der erhobenen Beschwerde ausspricht. Auch der I. C. Sen. hat unterm 15. Oktober 1887 (I. B. 57/87) beschlossen:

> Der angefochtene Beschluß wird insoweit aufgehoben, als dadurch die weitere Beschwerde des Schuldners gegen den Beschluß des Landgerichts als unbegründet kostenpflichtig abgewiesen ist, ohne in eine Prüfung der für den Antrag auf Aufhebung der Zwangsvollstreckung daraus, daß der Schuldner nur gegen Aushändigung des quittirten Wechsels zu zahlen verpflichtet sei und daher der Gerichtsvollzieher, da er nicht im Besitze des Klagewechsels war, nicht habe vollstrecken dürfen, — entnommenen Grundes einzutreten. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden nicht erhoben.

Das Oberste Landesgericht für Bayern hat vielfach die gegen Beschlüsse der O. L. G. erhobenen Beschwerden für begründet erachtet, sich jedoch über den Kostenpunkt nicht ausgesprochen (vergl. Samml. v. Entsch. in Civilf. Bd. 10 S. 189, 381, 521), so daß eine Festsetzung der Anwaltsgebühren Mangels eines vollstr. Titels nicht erfolgen kann.[1]

Bei dem Kgl. Kammergerichte überwiegt die Ansicht, daß die Kosten einer begründeten Beschwerde, zu welcher der Gegner keine Veranlassung gegeben, außer Ansatz bleiben, sei es, weil der Gegner bei dem Beschwerdeverfahren weder zugezogen noch betheiligt ist (Beschl. v. 11. Juni 1887, V. X. 356/87), sei es, weil der Beschwerdeführer sich wegen der ihm erwachsenen Kosten nur an denjenigen, durch dessen vertretbares

---

[1] Das Kammergericht hat zwar unterm 18. September 1886 X 439/86 angenommen, daß, wenn die Kosten der Beschwerde niedergeschlagen sind, der Anwalt gleichwohl auf Grund des in der Hauptsache ergangenen verurtheilenden Erkenntnisses seine Gebühren gegenüber dem Gegner liquidiren dürfe. Diese Ansicht ist jedoch in dem Beschluß vom 11. Juni 1887 nicht aufrechterhalten und mit Recht, weil das Beschwerdeverfahren, wie der § 45 des G. K. G. und der § 41 der G. O. für R. A. es zum unzweideutigen Ausdrucke bringen, eine besondere Instanz bildet, deren Kosten nur auf Grund einer über diese Kosten lautenden vollstr. Entscheidung festgesetzt werden können.

Verschulden dieselben entstanden sind, halten könne, hierüber aber im Festsetzungsverfahren eine Entscheidung nicht zu treffen sei (Beschl. v. 23. Jan. 1886, VII. X. 674/85).

Das O. L. G. zu Dresden hat in den Beschl. v. 30. Jan. 1884 und 1. Juli 1885 (Annalen des O. L. G. Bd. 6 S. 276, 531) die Beschwerdekosten gemäß § 87 Abs. 1 C. P. O. und § 45 G. K. G. dem unterliegenden Bekl., obwohl dieser die Beschwerde nicht veranlaßt hatte, auferlegt, dagegen in dem Beschl. v. 12. Okt. 1881 (a. a. O. Bd. 3 S. 261) Kostenfreiheit für das Beschwerdeverfahren bewilligt.

Das O. L. G. zu Frankfurt a. M. hat in den Beschl. des Plenams v. 5. Dez. 1882, des II. C. Sen. v. 7. Juni und 13. Aug. 1887 ausgeführt, daß, da der Gegner in keiner Weise zu der erhobenen Beschwerde Veranlassung gegeben hat, dieselbe vielmehr nur durch eine irrige Anwendung des Gesetzes Seitens des Gerichts veranlaßt worden, der durch § 45 G. K. G. vorgesehene Fall vorliegt, wonach Gebühren nicht erhoben werden, wenn die Kosten des Verfahrens keinem Gegner zur Last fallen. (Jur. Ges. zu Frankf. Rundschau Bd. 21 S. 195 und Bd. 22 S. 19.)

Auch die O. L. G. zu Köln (vgl. die Beschl. v. 9. Jan. und 9. Febr. 1883, 27. Dez. 1884 im Rhein. Arch. Bd. 72 II S. 58, Bd. 73 II S. 68 und Bd. 75 II 70) und zu Hamburg (vgl. Beschl. v. 29. Nov. 1885, Hanseat. Gerichtsz. Beibl. 1886 S. 37 Nr. 22) die Kosten einer begründeten sof. Beschwerde niederzuschlagen; während das O. L. G. zu Kolmar (Beschl. v. 6. Febr. 1885, Jur. Z. für Elf. Lothr.) sie der unterliegenden Partei zur Last legt.

Diese letztere Ansicht wird auch von Altvater wie folgt vertreten:

> Zwar könnte eine Verurtheilung des in Beschwerdeinstanz gar nicht gehörten Gegners dem Grundsatze des wechselseitigen Gehörs zu widersprechen scheinen und außerdem eine Unbilligkeit enthalten, weil der Gegner gar nicht in der Lage ist, zur Beseitigung der vielleicht nach seiner Ansicht ganz begründeten Beschwerde etwas zu thun. Gegen die erste Erwägung spricht, daß durch die Abänderung der angegriffenen Entscheidung dem Gegner doch in der Hauptsache eine erhöhte Leistung, ohne daß er zuvor gehört worden, auferlegt werden kann, ferner daß das Gesetz die Entscheidung über die Beschwerde ohne zwischen Hauptsache und Kostenpunkt zu entscheiden, ohne vorgängiges gegnerisches Gehör zugelassen hat, und daß nach C. P. O. §§ 94, 279 der Kostenpunkt als untergeordnetes Accessorium der Entscheidung über die materielle Streitsache angesehen wird, endlich daß der Gegner den Beschluß auf dem Wege der weiteren Beschwerde in der Sache und gleichzeitig auch im Kostenpunkte angreifen, damit aber sein Gehörtwerden selbst herbeiführen kann. (Arch. für civil. Praxis Bd. 63 S. 431).

Diese Gründe, welchen Struckmann und Koch (Kom. zur C. P. O. § 87 u. f.) und offenbar auch Meyer (Z. für Civilpr. Bd. 7 S. 321) beigetreten sind, erscheinen jedoch nicht überzeugend.

Altvater erkennt selbst an und es kann auch nach dem Wortlaut und der Stellung des § 87 nicht zweifelhaft sein, daß dieser Paragraph, indem er von den zur Rechtsverfolgung und zur Rechtsvertheidigung nothwendigen Kosten des Rechtsstreits spricht, ein Verfahren voraussetzt, bei welchem zwei sich gegenüberstehende Parteien Gelegenheit haben, durch ihre An- und Ausführungen auf die richterliche Entscheidung einzuwirken und derselben durch ihre Anträge feste Schranken zu setzen. Es ist daher nicht richtig, daß der § 87 die Kostenersatzpflicht, als deren Rechtsgrund allerdings nicht mehr der Gesichtspunkt der Strafe oder des Ersatzes eines widerrechtlich verursachten Schadens anzusehen ist, schon an die bloße Thatsache des Unterliegens knüpft, dergestalt, daß dieselbe für den Besiegten als ein rein zufälliger Nachtheil sich darstellt; vielmehr ist, da der § 87 wechselseitiges Gehör, also Mitwirkung des Besiegten verlangt, die richterliche Entscheidung, die ohne eine solche Mitwirkung (bezw. Gelegenheit dazu) nicht erlassen werden kann, schließlich doch auf den Willen des Unterliegenden zurückzuführen, von ihm veranlaßt. Wo diese Voraussetzung des wechselseitigen Gehörs nicht vorliegt, kann daher auch nicht der § 87 zur Anwendung gelangen. Dies trifft aber in dem von uns vorausgesetzten Falle regelmäßig zu. Um nämlich bei dem praktisch häufigsten Falle der Kostenfestsetzung zu bleiben, hat der verurtheilte Bekl. in keiner Weise Gelegenheit, durch seine Anträge oder Ausführungen auf den Festsetzungsbeschluß irgendwie einzuwirken, denn das Gericht erster Instanz prüft das Gesuch von Amtswegen und erledigt dasselbe regelmäßig ohne vorgängiges Gehör des Bekl. Sollte letzterer auch die vom Gerichte abgesetzten Beträge als richtig anerkennen, so würde er dadurch doch nicht jene Offizialprüfung beseitigen und die Erhebung der Beschwerde verhindern können. Dies könnte er selbst durch die inzwischen vorgenommene Berichtigung der abgesetzten Beträge nicht bewirken, da nach der herrschenden Praxis, welche erst jüngst durch den Beschluß des Reichsgerichts vom 7. Juni 1888 (oben S. 300) bestätigt worden ist, der Einwand der Zahlung, der Kompensation, des Vergleichs u. s. w. nur gemäß § 686 C. P. O. im Wege der Klage gegen den Festsetzungsbeschluß geltend zu machen ist. Man denke ferner an den dem Beschlusse des Reichsgerichts vom 11. April 1883 zu Grunde liegenden Fall, in welchem der Kostenpflichtige seine Bereitwilligkeit zur Kostenerstattung dem Gegner erklärt, dieser aber gleichwohl die Kostenfestsetzung beantragt. Wenn das Gericht nun Abstriche vornimmt, das Beschwerdegericht aber sie zuspricht oder gar mündliche Verhandlung anberaumt, bei welcher der Kostenpflichtige die streitigen Beträge sofort anerkennt, sollen auch da demselben die Beschwerdekosten bloß deshalb, weil er im Beschwerdeverfahren unterliegt, zur Last gelegt werden, obwohl es klar ist, daß derselbe weder das Festsetzungsverfahren noch die Beschwerde veranlaßt hat? In diesen und ähnlichen Fällen fehlt es eben, wie auch der § 45 des G. K. G. anerkennt, an einem Gegner und an dem im § 87 C. Pr. O. vorausgesetzten wechselseitigen Gehör; die Kosten treffen daher nicht gemäß § 87 den Unterliegenden, sondern als ein rein zufälliger Nachtheil den Extrahenten des Verfahrens.

II. Wenn dem unterliegenden Theile die Kosten des Beschwerdeverfahrens auferlegt werden, so fragt es sich, ob dieselben sofort im Beschwerdebeschlusse auch der Höhe nach festgesetzt werden dürfen. Dem scheint die Vorschrift des § 98 C. P. O. zu widersprechen, wonach die Kostenfestsetzung einerseits einen vollstr. Titel voraussetzt, andrerseits beim Gerichte erster Instanz zu beantragen ist. Allein die Begründung dieser Vorschrift (Motive S. 118, 119) läßt erkennen,

daß der Gesetzgeber dabei nur an Endurtheile, welche lediglich über die Verpflichtung zum Kostenersatze Bestimmung treffen sollen, gedacht hat und es erscheint deshalb nicht unzulässig, den § 98 strikt auszulegen und ihn auf den Fall des eigentlichen Prozesses, wo also über einen Anspruch durch Endurtheil oder Vergleich entschieden worden und „die rechtzeitige Aufstellung der Kostenspezifikation mit Schwierigkeiten verbunden und die mündliche Verhandlung mit überflüssigem Material belastet würde", zu beschränken. In diesem Sinne verfährt die Praxis, wenn sie die Kosten des Festsetzungsverfahrens, welches doch als eine besondere Instanz anzusehen ist und deshalb auch eine besondere Entscheidung bezüglich der Kostenpflicht erfordert, ohne Weiteres in dem Festsetzungsbeschlusse mit den Kosten des Hauptverfahrens festsetzt. Was aber hier allgemein geübt und gebilligt wird, muß auch bezüglich des Beschwerdeverfahrens gestattet sein; denn auch hier handelt es sich um überaus einfache, leicht zu berechnende Gebühren, bei deren sofortiger Festsetzung eine Beschwerde kaum jemals zu befürchten sein dürfte. In demselben Sinne hat sich das O. L. G. zu Hamburg in dem Beschlusse v. 9. Nov. 1885 (Hanseat. Gerichtsz. Beibl. 1886 S. 119 Nr. 73) ausgesprochen. Auch das Kgl. Kammergericht hat kein Bedenken getragen, in dem Beschlusse des V. C. Sen. v. 13. Jan. 1887 X 6/87 die außergerichtlichen Kosten des Beschwerdeführers mit 1,50 Mark sofort festzusetzen. **M.**

Klagen auf Leistung von Schadensersatz unter Vorbehalt der Feststellung des Betrages des zu ersetzenden Schadens in einem besonderen Verfahren sind nur zulässig, wenn die Voraussetzungen des § 231 der Civilprozeßordnung vorliegen. Andernfalls muß der Anspruch in der Weise substantiirt werden, daß in demselben Prozesse sowohl über den Grund, als auch über den Betrag desselben verhandelt und entschieden werden kann.

Beschluß der vereinigten Civilsenate i. S. Schmidt c. Schmidt vom 28. Juni 1888, Nr. 151/87 III.

Gründe.

Der Beklagte und Widerkläger hat gegen das Urtheil des Oberlandesgerichts zu Celle vom 9. März 1887, durch welches seine Widerklage als nicht substantiirt abgewiesen worden ist, weil dieselbe als eine prinzipale Schadensersatzklage sich darstelle und daher Beklagter seinen Schadensersatzanspruch nicht nur hätte bezeichnen, sondern auch liquidiren müssen, die Revision eingelegt und über die Abweisung der Widerklage sich beschwert, weil es auch bei prinzipalen Schadensersatzklagen statthaft sei, die Liquidation des Schadensbetrages einem Nachverfahren vorzubehalten.

Der dritte Civilsenat war der Ansicht, daß die Revision des Beklagten zurückzuweisen sei, sah sich jedoch verhindert, dementsprechend zu erkennen, weil der fünfte Civilsenat in dem in Sachen des Rittergutsbesitzers Große-Leege zu Haus Brügge, Klägers, wider den Königlich Preußischen Fiskus, Beklagten, (Rep. V 278/83) am 19. Dezember 1883 erlassenen Urtheile (vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 10 S. 418) den Grundsatz ausgesprochen hat, daß eine Klage auf Schadensersatz in bestimmtem Umfange, vorbehaltlich der Feststellung des Betrages in einem besonderen Prozesse zulässig sei.

Auf Grund der Vorschrift des Gesetzes vom 17. März 1886, betreffend Abänderung des § 137 des Gerichtsverfassungsgesetzes, hat daher der dritte Civilsenat beschlossen, die Entscheidung der vereinigten Civilsenate über die Rechtsfrage einzuholen:

> „Ist es auch bei prinzipalen Schadensersatzklagen zulässig, auf Verurtheilung des Beklagten zum Ersatze des entstandenen Schadens, unter Vorbehalt der Feststellung des Betrages des zu ersetzenden Schadens in einem besonderen Verfahren zu klagen, oder muß die Klage in der Art substantiirt sein, daß in diesem Verfahren auch über den Betrag des Schadens erkannt werden kann?"

Die vereinigten Civilsenate haben den Verweisungsbeschluß für gerechtfertigt erachtet und die gestellte Frage in der oben angegebenen Weise aus folgenden Erwägungen beantwortet:

Der Annahme, daß es auch bei Klagen, deren Hauptgegenstand der Ersatz eines erlittenen Schadens ist (bei prinzipalen Schadensersatzklagen) unbeschränkt zulässig sei, den Antrag auf Verurtheilung des Beklagten zum Ersatze des entstandenen Schadens, unter Vorbehalt der Liquidation und Festsetzung des Betrages des zu ersetzenden Schadens in einem besonderen Prozesse zu richten, so daß es lediglich von dem Belieben des Klägers abhängt, ob er die Frage der Verpflichtung des Beklagten zum Ersatze eines ihm erwachsenen Schadens und die Festsetzung des Betrages des vom Beklagten zu ersetzenden Schadens in einem oder in zwei Prozessen zur Verhandlung und Entscheidung bringen will, steht der prozessualische Grundsatz entgegen, daß im Allgemeinen jede auf eine Leistung gerichtete Klage das Streitverhältniß seinem Grunde und dem schließlichen Antrage nach vollständig angeben muß, daß, dem Zwecke des Prozesses entsprechend, der Richter den zwischen den Parteien bestehenden Streit durch das abzugebende Urtheil definitiv entscheiden soll und daß es dem Kläger nicht gestattet ist, willkürlich die mehreren Streitpunkte auseinanderzureißen und den Beklagten, obgleich er sein ganzes Recht in einem Prozesse durchführen kann, unnöthigerweise in zwei Prozesse zu verwickeln. Dieser als Regel geltende prozessualische Grundsatz ist auch für das Verfahren nach der Civilprozeßordnung maßgebend und dadurch in derselben zum Ausdrucke gelangt, daß sie ein Verfahren und eine Entscheidung über das Bestehen oder das Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses, die Vorabentscheidung über den Grund eines Anspruchs in einem besonderen Verfahren, nur unter der in § 231 der Civilprozeßordnung aufgestellten Voraussetzung, daß der Kläger ein ernstliches Interesse hat, daß das Rechtsverhältniß durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde, gestattet.

Von dieser Regel ist allerdings in der gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis, sowie in der Praxis der preußischen Gerichte eine Ausnahme gemacht, nicht allein bei den Universal- und generellen Klagen, durch deren besondere Natur eine solche Ausnahme geboten erscheint, sondern auch bei den Schadensersatzklagen, indem man Klagen mit dem Antrage auf Verurtheilung des Beklagten zum Ersatze eines entstandenen Schadens, unter Vorbehalt der Liquidation des Schadens in einem be-

sonderen Verfahren, vielfach zugelassen hat. Allein, abgesehen davon, daß die gemeinrechtliche Doktrin und Praxis keineswegs allgemein für die Zulässigkeit derartiger Klagen sich ausgesprochen, vielmehr die überwiegende Zahl der obersten deutschen Gerichtshöfe deren Zulässigkeit verneint hat, haben bei den Schadensersatzklagen nur Zweckmäßigkeitsrücksichten, welche in dem vor der deutschen Civilprozeßordnung geltenden Verfahren ihren Grund hatten, zu einer Abweichung von der angegebenen Regel geführt. Man wies darauf hin, daß wenn nicht nur der Betrag des zu ersetzenden Schadens, sondern auch der Grund des Schadensersatzanspruchs, die Schadensersatzpflicht, streitig sei, es sich empfehle, zunächst über die letztere zu verhandeln und zu entscheiden, die Verhandlung über den Betrag des Schadens einem späteren Liquidationsverfahren vorzubehalten, weil erfahrungsmäßig gerade die Ermittelung und die Feststellung der Art, des Umfanges und des Betrages des Schadens weitläufige und kostspielige Beweisaufnahmen nothwendig mache, welche völlig nutzlos seien, wenn demnächst in dem ergehenden Urtheile die Verpflichtung zum Schadensersatze, der Grund des Anspruchs, verneint werde, und daß es daher sich empfehle, eine solche Trennung des Verfahrens eintreten zu lassen.

Inwieweit diese Erwägungen geeignet waren, die erwähnte Praxis nach den früher geltenden Prozeßnormen zu rechtfertigen, kann dahin gestellt bleiben, für das jetzt geltende Prozeßverfahren treffen sie nicht zu. Abgesehen davon, daß das Verfahren über die Ermittlung und Feststellung der Höhe des Schadensbetrages nach den dem Gerichte in dem § 259 und namentlich in § 260 gegebenen Befugnissen im Verhältniß zu den bisher geltenden Grundsätzen über das Beweisverfahren wesentlich vereinfacht und abgekürzt ist, hat die deutsche Civilprozeßordnung zur Beseitigung der zur Rechtfertigung der Trennung des Verfahrens geltend gemachten, nach dem bisherigen Verfahren andernfalls eintretenden Unzuträglichkeiten und Mißstände ein anderes Mittel gegeben, indem nach § 276 der Civilprozeßordnung dem Richter die Befugniß beigelegt ist, in jedem Falle, in welchem ein Anspruch nach Grund und Betrag streitig ist, über den Grund vorab zu entscheiden, die Verhandlung und Entscheidung über den Betrag desselben bis dahin auszusetzen, daß über den Grund rechtskräftig entschieden ist. Bei ordnungsmäßiger Prozeßleitung — und es muß vorausgesetzt werden, daß der Richter von der ihm im Gesetze gegebenen Befugniß, dem Zwecke des Gesetzes gemäß, in jedem Falle Gebrauch machen wird, in welchem durch gleichzeitige Verhandlung über den Grund und den Betrag des Anspruchs irgend welche Unzuträglichkeiten zu besorgen sind — können also gegenwärtig diejenigen Nachtheile und Unzuträglichkeiten nicht mehr entstehen, welche nach dem bisherigen Verfahren bei einer gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung über den Grund und den Betrag eines streitigen Schadensersatzanspruchs hervorgetreten sind. Damit ist aber auch jeder Grund verschwunden, die Schadensersatzklagen bezüglich ihrer Begründung und ihres Antrages anders zu behandeln, wie die sonstigen Klagen.

Der Zulassung von Klagen auf Schadensersatz, unter Vorbehalt der Festsetzung des Betrages des zu ersetzenden Schadens in einem *besonderen* Verfahren steht aber auch die Vorschrift in § 230 Absatz 2 der Civilprozeßordnung entgegen. Nach dieser muß die Klageschrift die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs, sowie einen *bestimmten Antrag* enthalten. Ein bestimmter Antrag bildet also, dem Wesen und Zwecke der Klage entsprechend, einen *wesentlichen* Bestandtheil des Schriftsatzes, durch dessen Zustellung die Klage erhoben wird. Bei den auf eine Leistung gerichteten Klagen ist der Antrag aber nur dann ein bestimmter, wenn er erkennen läßt, was der Kläger qualitativ und quantitativ von dem Beklagten fordert, wenn er nicht nur auf die Verurtheilung zu einer Leistung im Allgemeinen gerichtet ist, sondern zugleich den Anspruch nach Art und Umfang bezeichnet. (Vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 10 S. 353, Bd. 12 S. 388). Folgt daraus zwar nicht mit Nothwendigkeit, daß der Anspruch bereits in der Klageschrift der Summe nach genau bezeichnet worden, der Antrag auf Zuerkennung einer bestimmten, *ziffermäßig* angegebenen Summe gerichtet sein müsse; genügt es vielmehr, wenn nach dem Antrage in Verbindung mit den über den Gegenstand und Grund des Anspruchs gemachten Angaben, der erhobene Anspruch in der Art individualisirt ist, daß über dessen Identität ein Zweifel nicht besteht, und daß der Betrag durch richterliches Ermessen, nöthigenfalls mit Hülfe von Sachverständigen, festgestellt werden kann, so müssen doch die für die quantitative Feststellung des Anspruchs erforderlichen thatsächlichen Grundlagen, die Unterlagen für die qualitative und quantitative Abgrenzung des erhobenen Anspruchs, angegeben werden. Der Anspruch muß in der Klageschrift bezw. in der mündlichen Verhandlung in der Art substantiirt werden, daß in *einem und demselben* Verfahren sowohl über den Grund, als auch über den Betrag des Anspruchs verhandelt und entschieden werden kann; es müssen also bei Schadensersatzklagen die thatsächlichen Grundlagen über Art und Umfang des erlittenen und ersetzt verlangten Schadens in der Art angegeben werden, daß das Gericht, sei es auf Grund der erhobenen Beweise, sei es ohne Beweiserhebung unter Anwendung der Vorschrift in § 260 der Civilprozeßordnung *in demselben Prozesse*, falls es die Verpflichtung des Beklagten zum Ersatze des Schadens angenommen hat, über den Betrag des von diesem dem Kläger zu ersetzenden Schadens erkennen kann, so daß ein Urtheil ergeht, auf welches die Zwangsvollstreckung erfolgen kann und durch welches der unter den Parteien bestehende Streit über die Verpflichtung des Beklagten zum Ersatze eines bestimmten, dem Kläger entstandenen Schadens definitiv zum Austrage gebracht wird.

Muß darnach die Zulässigkeit der Klagen auf Leistung von Schadensersatz, unter Vorbehalt der Feststellung des Betrages des vom Beklagten zu ersetzenden Schadens in einem *besonderen* Verfahren als Regel verneint werden, so sind derartige Klagen doch für zuläsig zu erachten, wenn die Voraussetzungen des § 231 der Civilprozeßordnung vorliegen, wenn also der Kläger ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung der Verpflichtung des Beklagten zum Ersatze eines ihm zugefügten Schadens durch richterliche Entscheidung hat. Denn mit dem Antrage, den Beklagten zum Ersatze eines entstandenen Schadens, unter Vorbehalt der Liquidation des Betrages desselben in einem besonderen Verfahren zu verurtheilen, wird in der That die Feststellung eines Rechtsverhältnisses (einer rechtlichen Beziehung der Parteien zu einander) aus welchem für den Beklagten die Verpflichtung zur Entschädigung des Klägers erwachsen ist, bezweckt. Der Kläger, welcher eine solche Verurtheilung des Beklagten begehrt und beantragt, will nur die

Feststellung der Schadensersatzpflicht; er verlangt in diesem Verfahren keine Leistung. Der Regel nach wird zwar ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung der Schadensersatzpflicht nicht vorliegen, wenn bereits ein Schaden entstanden ist, da der Kläger meist in der Lage sein wird, die Leistungsklage, die Klage auf Verurtheilung des Beklagten zur Leistung eines bestimmten, wenn auch in der Klageschrift noch nicht ziffermäßig bezeichneten Schadens zu erheben, die Unterlagen für diese Bestimmung des Betrages des Schadens anzugeben. Allein es lassen sich Fälle denken, in welchen der Kläger nicht in der Lage sich befindet, eine Klage auf Erstattung eines bestimmten Schadens in dieser Art zu substantiiren, danach aber ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen richterlichen Feststellung der Verpflichtung des Beklagten zum Schadensersatze oder desjenigen Rechtsverhältnisses, aus welchem die Verbindlichkeit des Beklagten zum Schadensersatze sich ergiebt, hat. In solchen Fällen ist dem Kläger gestattet, seinen Klagantrag auf Feststellung der Verpflichtung des Beklagten zum Schadensersatze zu beschränken und die Ermittlung und Festsetzung des Schadensbetrages einem besonderen Verfahren vorzubehalten.

Für die Redaktion verantw.: S. Haenle. Verlag: W. Moeser Hofbuchhandlung. Druck: W. Moeser Hofbuchdruckerei in Berlin.

№ 43. Berlin, 15. September. 1888.

Juristische Wochenschrift.

Herausgegeben von

S. Haenle, Justizrath, Rechtsanwalt in Ansbach. und M. Kempner, Rechtsanwalt beim Landgericht I. in Berlin.

Organ des deutschen Anwalt-Vereins.

Preis für den Jahrgang 20 Mark. — Inserate die Zeile 40 Pfg. — Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt.

Inhalt.

Aufsätze für die Juristische Wochenschrift, welche acht Spalten überschreiten, können nur ausnahmsweise angenommen werden. Aufsätze, welche sich auf Angelegenheiten des Anwaltstandes und die Reichsjustizgesetze beziehen, erhalten den Vorzug. Die Redaktion.

Vereinsnachrichten.

Die Herren Vereinsmitglieder werden darauf aufmerksam gemacht, daß nach § 3 der Satzungen der Vereinsbeitrag von 15 Mark für das Kalenderjahr 1889 in der Zeit vom 15. September bis 1. Oktober 1888 an mich einzusenden ist. Beiträge von Mitgliedern, welche den 1. Januar 1889 nicht erleben, werden den Erben erstattet.

Die Herren Vereinsmitglieder werden dringend gebeten, die nach dem 1. Oktober 1888 nothwendige, für die Vereinsleitung beschwerliche und für die Mitglieder kostspielige Postnachnahme gefälligst zu vermeiden.

Leipzig, 1. September 1888.

Mecke, Justizrath, Schriftführer.
Salomonstraße 5.

Der erste Band der Entscheidungen des Ehrengerichtshofes ist vergriffen. Der Vereinsvorstand würde einen Neudruck veranstalten, wenn 400—500 Vereinsmitglieder sich bereit erklärten, den Band zum Preise von 3 Mark abzunehmen. Ich bitte die interessirten Herren Vereinsmitglieder um gefällige Erklärung. Sollte der Neudruck nicht ausführbar sein, so wird der Vereinsvorstand durch Ankauf von einzelnen Exemplaren bei den Erben verstorbener Mitglieder dem Seitens vieler jüngeren Vereinsmitglieder ausgesprochenen Verlangen nach dem Besitze des ersten Bandes zu genügen suchen.

Bekanntmachung über das Ergebniß der Meldungen erfolgt am 1. Oktober 1888.

Leipzig, 23. Juni 1888.

Mecke, Schriftführer.

Für die auf die Vorschrift des § 23 Ziffer 2 der Konkursordnung gestützten Anfechtungsklagen ist der Gerichtsstand für Klagen aus unerlaubten Handlungen (§ 32 der Civilprozeßordnung) nicht begründet.

Beschluß der vereinigten Civilsenate vom 28. Juni 1888 i. S. Behling Konk. c. Meyer Nr. 54/87 III.

O. L. G. Celle.

Gründe.

Der zum Verwalter im Konkurse des früheren Stationsvorstehers Behling zu Salzuflen bestellte Kläger hat gegen den in Uffeln bei Vlotho im Bezirke des Königlich Preußischen Landgerichts zu Bielefeld wohnenden Beklagten bei dem Fürstlich Lippeschen Landgerichte zu Detmold eine Anfechtungsklage auf Grund der Vorschrift in § 23 Ziffer 2 der Konkursordnung erhoben und zu deren Begründung vorgetragen:

Der Beklagte habe gegen den Behling eine Forderung von 1128 Mark aus einem von Behling am 15. September 1883 ausgestellten, am 10. Januar 1884 fälligen Wechsel gehabt. Behling, welcher sich bedeutender Unterschlagungen schuldig gemacht habe, sei in den letzten Tagen des Oktober 1883 verhaftet und Anfangs November 1883 in das Untersuchungsgefängniß in Detmold abgeführt. Ein von hier aus von ihm an das Amtsgericht zu Salzuflen gerichteter Antrag auf Eröffnung des Konkurses sei vom Gerichte wegen Mangels einer zur Deckung der Kosten hinreichenden Masse abgelehnt. Der Beklagte habe dies erfahren, auch Kenntniß davon erlangt, daß Behling außer Stande sei, seine Gläubiger zu befriedigen, und daß er seine Zahlungen eingestellt habe. Um sich wegen seiner, erst am 10. Januar 1884 fällig werdenden Wechselforderung Befriedigung oder doch Sicherung zu beschaffen, habe nun Beklagter

am 15. Dezember 1883 bei dem Landgerichte zu Detmold einen Arrestbefehl ausgewirkt und in dem desfallsigen Gesuche vorgetragen, daß Vehling in Vermögensverfall gerathen sei, daß derselbe seinen Konkurs anmelden wolle, daß bereits verschiedene Zwangsvollstreckungen gegen Vehling vollzogen, namentlich vier Pferde und drei Wagen gepfändet seien und daß Vehling nicht im Stande gewesen sei, die von ihm unterschlagenen Gelder aus eigenen Mitteln zu ersetzen. Der Beklagte habe dann den erwirkten Arrest alsbald durch Pfändung verschiedener dem Vehling gehöriger, im Walde lagernder Hölzer vollziehen und am 10. Januar 1884 den Wechsel protestiren lassen, aus demselben Klage bei dem Landgerichte Detmold erhoben und ein am 13. Februar 1884 verkündetes vollstreckbares Versäumnißurtheil erlangt, auf Grund dessen er die bereits gepfändeten Hölzer nochmals habe pfänden und im Wege der Zwangsvollstreckung versteigern lassen. Der Erlös sei dem Beklagten mit mehr als 1000 Mark ausgehändigt.

Inzwischen sei am 23. Januar 1884 von verschiedenen Gläubigern des Vehling bei dem Amtsgerichte zu Salzuflen der Antrag auf Konkurseröffnung gestellt und, nachdem das Amtsgericht diesen Antrag abgelehnt, vom Amtsgerichte Detmold auf erhobene Beschwerde am 1. März 1888 der Konkurs über das Vermögen des Vehling auch eröffnet.

Auf Grund dieser Thatsachen und mit der Behauptung, daß der Beklagte durch die Arrestanlage und Pfändung eine Sicherung beziehungsweise Befriedigung sich verschafft habe, auf welche er überhaupt nicht, beziehungsweise nicht in der Art und zu der Zeit Anspruch gehabt habe, und daß die Arrestanlage und die Pfändung auf Grund derselben nach der Zahlungseinstellung, die Pfändung auf Grund des Urtheils aber nach dem Antrage auf Konkurseröffnung erfolgt, auch dem Beklagten diese Thatsachen bekannt gewesen seien, hat Kläger die gedachten Rechtshandlungen als der Konkursmasse gegenüber unwirksam angefochten mit dem Antrage:

> das Pfändungsrecht, auf Grund dessen der Beklagte sich in den Besitz des Erlöses aus den versteigerten Hölzern gesetzt habe, der Konkursmasse gegenüber für rechtsunwirksam zu erklären und den Beklagten schuldig zu erkennen, alles das, was er auf Grund jener Pfändung aus dem Vermögen des Vehling erhalten habe, zur Konkursmasse herauszuzahlen.

Der Beklagte schützte die verzögerliche Einrede der Unzuständigkeit des Gerichtes vor und beantragte Abweisung der Klage. Diese Einrede, über welche die abgesonderte Verhandlung angeordnet wurde, stützte Beklagter darauf, daß er seinen ordentlichen und alleinigen Wohnsitz im Bezirke des Landgerichts **Bielefeld** habe und daß deshalb das Landgericht Detmold, da auch der Gerichtsstand des § 32 der Civilprozeßordnung nicht vorliege, unzuständig sei.

Kläger erachtete dagegen das Landgericht Detmold nach § 32 cit. für zuständig, da die angefochtenen Rechtshandlungen sich als unerlaubte Handlungen im Sinne desselben darstellten. Denn schon bei Auswirkung des Arrestes sei dem Beklagten bekannt gewesen, daß Vehling zahlungsunfähig gewesen sei und thatsächlich seine Zahlungen eingestellt habe. Beklagter sei daher nicht darüber im Zweifel gewesen, daß der Konkurs unmittelbar bevorstehe und er in diesem einen großen Theil seiner Forderung einbüßen werde; er habe daher in dem Bewußtsein gehandelt, daß er sich vor den übrigen Gläubigern des Vehling begünstige und deren derzeit schon erwachsenen Anspruch auf gleichmäßige Befriedigung verletze, welches Bewußtsein den zur Charakterisirung seiner Handlungen als unerlaubter erforderlichen Dolus einschließe.

Nachdem Beklagter diese Behauptungen und Ausführungen bestritten hatte, hat das Landgericht Detmold seinen Einwand für begründet erachtet und die Klage abgewiesen. Die vom Kläger erhobene Berufung wurde vom Oberlandesgericht zu Celle durch Urtheil vom 18. Januar 1887 verworfen mit der Begründung;

> „Für die gegenwärtige Entscheidung kann es dahingestellt bleiben, ob aus § 23 Ziffer 2 der Konkursordnung anfechtbare Handlungen nicht unter Umständen den Charakter eines Delikts tragen (bei Kenntniß von oder Einverständniß mit der Begünstigungsabsicht des Gemeinschuldners) und dann den Gerichtsstand des § 32 der Civilprozeßordnung begründen, oder ob die Verpflichtungen daraus allemal nur als solche aus gesetzlicher Vorschrift aufzufassen sind. Im vorliegenden Falle, wo eine Mitwirkung des Gridars bei den angefochtenen Rechtshandlungen in keiner Weise behauptet ist, vielmehr Beklagter lediglich ihm gesetzlich zustehender Mittel, um zu seiner Befriedigung zu gelangen, sich bedient haben soll, erscheint die Annahme einer unerlaubten Handlung im Sinne des § 32 der Civilprozeßordnung nicht gerechtfertigt."

Der Dritte Civilsenat des Reichsgerichts, an welchem die vom Kläger gegen dieses Urtheil mit dem Antrage, das angefochtene Urtheil aufzuheben und nach dem Berufungsantrage zu erkennen (das heißt dem Klageantrage stattzugeben), eingelegte Revision ressortmäßig gelangt war, hat die Revision für begründet erachtet, indem er der Ansicht ist, daß für die auf Grund der Bestimmung in § 23 Ziffer 2 der Konkursordnung erhobenen Anfechtungsklagen der Gerichtsstand des § 32 der Civilprozeßordnung begründet und das im vorliegenden Falle das Landgericht Detmold zuständig sei, weil die vom Berufungsgerichte für Fälle der vorliegenden Art geltend gemachten Gründe für zutreffend nicht zu erachten seien.

Der Dritte Civilsenat hat sich jedoch für verhindert erachtet, dieser Ansicht entsprechend zu erkennen, weil in dem Urtheile des Ersten Civilsenats des Reichsgerichts vom 25. November 1882 in Sachen der Weinhandlung Stahl u. Co. wider den Verwalter der Oskar Noskau'schen Konkursmasse (abgedruckt in den Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Band 10 Seite 325 fg.) in einem dem vorliegenden wesentlich gleichen Falle im entgegengesetzten Sinne erkannt ist. Er hat daher auf Grund der Vorschrift in § 137 des Gerichtsverfassungsgesetzes in der Fassung des Gesetzes vom 17. März 1886 durch Beschluß vom 15. April 1887 die Sache an die Vereinigten Civilsenate verwiesen, um die Entscheidung derselben über die Rechtsfrage einzuholen:

> Ist für die auf die Vorschrift in § 23 Ziffer 2 der Konkursordnung gestützten Anfechtungsklagen der Gerichtsstand für Klagen aus unerlaubten Handlungen, § 32 der Civilprozeßordnung, begründet und zwar

auch in dem Falle, wenn eine Mitwirkung des Gemeinschuldners bei oder ein Einverständniß desselben mit der angefochtnen Rechtshandlung nicht behauptet ist?
Angesichts der erwähnten Entscheidung des Ersten Civilsenats erscheint dieser Verweisungsbeschluß ohne Weiteres als gerechtfertigt.

In Betreff der zu entscheidenden Rechtsfrage war der Ansicht des *Ersten* Civilsenats beizutreten.

Was zunächst den Begriff „unerlaubte Handlung" im Sinne des § 32 der Civilprozeßordnung betrifft, so kann es keinem Zweifel unterliegen und als unstreitig angesehen werden, daß derselbe nicht blos die strafbaren Handlungen, sondern auch die Fälle civilrechtlicher Verschuldung umfaßt, so daß der Gerichtsstand des § 32 der Civilprozeßordnung auch für Klagen aus civilrechtlichen Delikten begründet ist, sofern nicht blos eine schuldhafte Verletzung *vertragsmäßiger* Verbindlichkeiten in Frage steht. Vergleiche Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, Band II Seite 411 und Band X Seite 327 und 334. Denn als „unerlaubt" im Sinne des § 32 cit. kann nur eine Handlung angesehen werden, welche *selbständig* und ohne Rücksicht auf ein Vertrags- oder ein vertragsähnliches Verhältniß ein Klagerecht begründet. Ebensowenig können Verletzungen durch das *Gesetz* auferlegter Verpflichtungen, wenn sie nicht den Charakter eines *Delikts* an sich tragen, unter den § 32 cit. subsumirt werden.

Anlangend nun die Frage, ob hiernach die nach den Vorschriften der Konkursordnung und des Anfechtungsgesetzes vom 21. Juli 1879 anfechtbaren Handlungen unter den § 32 der Civilprozeßordnung fallen, verdient sowohl die Ansicht, daß *alle* Anfechtungsklagen sich als Delikts- oder Quasidelikts-Klagen charakterisiren und daß deshalb für *alle* diese Klagen der Gerichtsstand des § 32 der Civilprozeßordnung begründet sei, wie die entgegengesetzte Ansicht, welche für *alle* diese Klagen den Charakter der Deliktsklagen verneint und deshalb den § 32 cit. für unanwendbar hält, keine Billigung. Denn einerseits kann bei dem Anspruche, welcher *nur* auf der *Unentgeltlichkeit* einer Verfügung des Gemeinschuldners beruht (§ 25 der Konkursordnung) von einer deliktischen Grundlage desselben nicht die Rede sein, da er ohne alle Rücksicht auf eine widerrechtliche Absicht besteht und selbst dem Nachweise, daß der Schenker mit seiner Vermögenslage oder der Beschenkte mit der Vermögensunzulänglichkeit des Schenkers nicht bekannt gewesen sei, keine Bedeutung beigelegt ist, so daß offenbar nur der Umstand, daß eine im Vermögen eines Dritten befindliche Bereicherung auf einer unentgeltlichen Verfügung beruht und die Gläubiger schädigt, die Grundlage des Anspruches bildet und dieser eine *condiktionsartige* Natur hat. Andererseits liegt aber die Klage aus § 24 Ziffer 1 der Konkursordnung:

> „Anfechtbar sind Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner in der dem anderen Theile bekannten *Absicht*, seine Gläubiger zu *benachtheiligen*, vorgenommen hat,"

ungeachtet der sich aus dem Inhalte dieser Bestimmung ergebenden Abweichungen von der actio Pauliana ebenso wie dieser gemeinrechtlichen Klage ein *Betrug*, eine auf Verkürzung seiner Gläubiger gerichtete Absicht des Schuldners und eine conscientia fraudis auf Seiten des Anfechtungsbeklagten, mithin eine *unerlaubte* Handlung zum Grunde, nur daß die Voraussetzungen des Dolus und die Aktiolegitimation des Klägers hier anders als im gemeinen Rechte normirt sind, ohne daß jedoch hierdurch die juristische Natur der Klage verändert ist.

Da sich schon hieraus ergiebt, daß den Anfechtungsklagen der Konkursordnung principiell ein *einheitlicher* Charakter bezüglich ihres Grundes *nicht* beigelegt werden kann, so kann hier dahingestellt bleiben, wie die Klage aus § 24 Ziffer 2 der Konkursordnung aufzufassen ist. Jedenfalls ist es auch in den Fällen des § 23 der Konkursordnung, durch welchen das Anfechtungsrecht der gemeinrechtlichen actio Pauliana gegenüber eine wesentliche *Erweiterung* erfahren hat, geboten, den *Grund*, auf welchem das hier gewährte Anfechtungsrecht beruht, besonders zu ermitteln. Denn dadurch, daß bei *allen* Anfechtungsansprüchen der Konkursordnung eine vom Gesetze als *ungerechtfertigt* angesehene Benachtheiligung von Konkursgläubigern angenommen werden muß, ist es nicht ausgeschlossen, daß der Grund dieser Annahme in den einzelnen Fällen ein *verschiedenartiger* und daß derselbe auch darin gefunden sein kann, daß eine Handlung den Gläubigern gegenüber zwar objektiv als *Unrecht* erscheint, ohne daß jedoch den Handelnden der Vorwurf der *Unredlichkeit* trifft.

Der § 23 der Konkursordnung erklärt nun unter Ziffer 1, für anfechtbare Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners, durch deren Eingehung die Konkursgläubiger benachtheiligt werden, sowie die einem Konkursgläubiger gewährte Schenkung oder Befriedigung, wenn die Zahlungseinstellung oder der Antrag auf Eröffnung des Konkurses bereits erfolgt und dies dem anderen Theile beziehungsweise dem Gläubiger bei Eingehung des Geschäftes, beziehungsweise bei der die Sicherung oder Befriedigung gewährenden Rechtshandlung bekannt war. Unter Ziffer 2 aber werden die nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens oder auch schon in den letzten zehn Tagen vorher erfolgten Rechtshandlungen für anfechtbar erklärt, welche einem Konkursgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewähren, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte, wobei jedoch dem so Begünstigten der Beweis nachgelassen wird, daß ihm zu der betreffenden Zeit weder die Zahlungseinstellung und der Eröffnungsantrag noch auch eine Absicht des Gemeinschuldners, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, bekannt war.

Der § 23 stellt hiernach weder unter Ziffer 1 noch unter Ziffer 2 eine *unredliche Absicht*, die Gläubiger des späteren Gemeinschuldners zu benachtheiligen oder einzelne Gläubiger zu begünstigen, als positives Erforderniß der Anfechtung auf. Er knüpft vielmehr das Anfechtungsrecht unter Ziffer 1 lediglich an den Umstand, daß bereits die Zahlungseinstellung oder ein Antrag auf Eröffnung des Konkurses erfolgt und daß der Dritte, beziehungsweise der betreffende Gläubiger mit dieser Thatsache bekannt war, während unter Ziffer 2 nur verlangt wird, daß die betreffende Rechtshandlung nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage oder in den letzten zehn Tagen vorher erfolgt ist, wobei es dem Anfechtungsbeklagten aber gestattet wird, sich von dem Klaganspruche durch den Beweis zu befreien, daß ihm zur Zeit der Handlung jene Thatsachen sowie eine Absicht des Gemeinschuldners, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, nicht bekannt gewesen seien. Daß das Gesetz die nach § 23 der Konkursordnung anfechtbaren Handlungen

als subjektiv *rechtswidrige*, mithin als *unerlaubte* ansehe, würde sich daher nur aus *Schlußfolgerungen* entnehmen lassen. Aber auch hierzu fehlt es an zwingenden Gründen.

In der Bestimmung unter 1 wird zwar zur Begründung des Anspruches das subjektive Moment erfordert, daß dem Anfechtungsbeklagten zur Zeit der betreffenden Handlung die Zahlungseinstellung beziehungsweise der Antrag auf Eröffnung des Konkurses *bekannt* war. Daraus folgt aber noch keineswegs, daß die in dieser Kenntniß vorgenommene Rechtshandlung als eine *unredliche* oder *schuldhafte*, als ein civilrechtliches *Delikt* aufzufassen ist. Die Bestimmung erklärt sich vielmehr vollkommen ausreichend aus dem erkennbaren *Zwecke* des Gesetzes, behufs thunlichster Herbeiführung einer *gleichmäßigen* Befriedigung der Konkursgläubiger aus dem Vermögen des Gemeinschuldners zwar nicht erst den Tag der *Konkurseröffnung*, sondern bereits den Zeitpunkt der *Zahlungseinstellung* oder, wenn eine solche nicht vorangegangen war, den Zeitpunkt des *Eröffnungsantrages* zum Grunde zu legen, andererseits jedoch mit Rücksicht auf die dem Gemeinschuldner ungeachtet der Zahlungseinstellung oder des Eröffnungsantrages äußerlich verbleibenden Dispositionsfähigkeit im Interesse der Sicherheit des Verkehres die Anfechtbarkeit auf den Fall der *Kenntniß* des Dritten, beziehungsweise des Gläubigers von diesen Thatsachen zu beschränken. Diese Unterscheidung und Beschränkung aber erklärt und rechtfertigt sich durch die naheliegende Betrachtung, daß durch die Zahlungseinstellung und durch den Antrag auf Eröffnung des Konkurses bereits eine *kritische* Vermögenslage des Schuldners zur äußeren Erscheinung gelangt, welche eine mehr oder minder große *Wahrscheinlichkeit* seiner Zahlungsunfähigkeit und eines bevorstehenden Konkurses begründet, und daß es daher *nicht für unbillig* zu erachten ist, für den Fall des demnächstigen *Eintrittes* des Konkurses *demjenigen* Dritten respektive Konkursgläubiger, welcher *ungeachtet* der ihm erkennbaren *bedenklichen* Vermögenslage des Schuldnes auf die Eingehung eines die Konkursgläubiger benachtheiligenden Rechtsgeschäftes mit demselben sich eingelassen respektive sich eine Sicherung oder Befriedigung verschafft hat, die Zurückgewährung des aus dem Vermögen des Gemeinschuldners Veräußerten zur Konkursmasse aufzuerlegen. Daß ein Gläubiger, welcher aus dem Vermögen seines Schuldners nur dasjenige erhält, auf welches er ein Zwangsrecht hat, oder welcher sich hierfür eine Sicherung verschafft, wenn er Anlaß hat zu bezweifeln, ob der Schuldner auch alle seine übrigen Gläubiger zu befriedigen im Stande sein werde und ob nicht in Folge seiner Befriedigung die übrigen Gläubiger eine Einbuße erleiden werden, *in bösem Glauben* handele, eine *Rechtsverletzung*, eine „*unerlaubte*“ Handlung begehe, widerspricht dagegen vollkommen dem allgemeinen Rechtsbewußtsein, nach welchem ihm nicht zugemuthet werden kann, im Interesse Anderer auf die Ausübung wohlbegründeter Rechte zu verzichten. Auch der gewissenhafteste Mann hat die, *auch erfahrungsmäßig* keineswegs ausgeschlossene Möglichkeit zu berücksichtigen, daß es *nicht* zum Konkurse kommt, in dem entweder das schuldnerische Vermögen die zur Deckung der Kosten des Verfahrens erforderliche Höhe nicht erreicht oder ein außergerichtlicher Akkord zu Stande kommt oder die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners durch eine glückliche Spekulation, durch die Hülfe von Verwandten oder Freunden u. s. w. wieder beseitigt wird. Ja es ist sogar nicht unmöglich, daß gerade die angefochtene Handlung selbst zur Abwendung des Konkurses bestimmt war. Wie kann es unter solchen Umständen als ein *unredliches* Verhalten, als ein *Delikt* angesehen werden, wenn der Gläubiger eine von ihm angebotene Sicherung oder Befriedigung nicht zurückweist oder wenn er den dem Gerichtsvollzieher ertheilten Auftrag zur Vornahme der Zwangsvollstreckung nicht widerruft, während er doch nicht weiß, wem die betreffenden Werthe *dann* zu Gute kommen, und ob er nicht etwa für den Fall, daß es zum Konkurse kommt, nur bewirken werde, daß er anderen, weniger scrupulösen Personen den Vorrang einräumen muß oder daß vor der Knnkurseröffnung die betreffenden Werthe vom Schuldner *allen* seinen Gläubigern entzogen werden. Vergleiche Dernburg, Preußisches Privatrecht (III. Auflage) Band 2 § 128 und Pandekten, Band 2 § 146, Cosack, Anfechtungsrecht Seite 19. In Betreff des *hier* in Frage stehenden Anfechtungsfalles erscheint es demnach als durchaus zutreffend, wenn Cosack a. a. O. Seite 25 sagt, das Gesetz könne unmöglich dem Gläubiger die Annahme einer Zahlung seines insolventen Schuldners *verboten* haben, vielmehr könne es nur gewollt haben, daß der Gegner beim wirklichen *Eintritte* des Konkurses die Zuwendung, welche er *anfänglich annehmen* durfte, den Gläubigern des Schuldners *zur Verfügung stellen* müsse, daß er mit anderen Worten die Zuwendung *nur mit dem Risiko der späteren Anfechtung* annehmen dürfe, auf die mit der Anfechtung für ihn verbundenen Nachtheile *von vornherein gefaßt* sein müsse und demnach die *Gefahr der Insolvenz des Gebers* in Höhe der Zuwendung übernehme. Vergleiche auch Frohwann, die allgemeine Anfechtungsklage Seite 50.

Kann hiernach aus der Kenntniß des Gläubigers von der Zahlungseinstellung auf das Vorhandensein einer subjektiv rechtswidrigen Absicht oder Gesinnung mit Sicherheit nicht geschlossen und der Rechtsgrund des in § 23 Ziffer 1 der Konkursordnung aufgestellten Anfechtungsanspruches nach dessen realen Erfordernissen nicht in einer unerlaubten Handlung, sondern nur in dem gesetzgeberischen Gedanken gefunden werden, daß es im Interesse der Aufrechterhaltung des Kredits der *Zweckmäßigkeit* und *Billigkeit* entspreche, unter den bezeichneten Voraussetzungen, falls der Konkurs wirklich ausbricht, dem einzelnen Gläubiger beziehungsweise dem Dritten eine Verpflichtung zur Rückgewähr zu Gunsten der Konkursgläubiger aufzuerlegen, so liegen aber auch keine zwingenden Gründe vor, in Betreff der in § 23 unter Ziffer 2 statuirten Anfechtbarkeit das Gegentheil anzunehmen. Zwar geht das Gesetz hier offenbar davon aus, daß schon in der letzten Zeit *vor* der Zahlungseinstellung beziehungsweise dem Eröffnungsantrage die bedenkliche Vermögenslage des Schuldners in der Regel erkennbar gewesen ist, wenn die Gewährung einer Sicherung oder Befriedigung erfolgt war, auf welche dem Gläubiger ein rechtlicher *Anspruch* nicht zustand, und daß erfahrungsmäßig in solchen Fällen die Sicherung oder Befriedigung häufig auf der dem betreffenden Gläubiger bekannten Absicht des späteren Gemeinschuldners beruht, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen. Denn nur auf diese Weise erklärt es sich, daß das Gesetz zur Begründung des Anspruches ein subjektives Erforderniß auf Seiten des Anfech-

tungsbeklagten überall nicht aufstellt, sondern es diesem überläßt, den Beweis zu erbringen, daß ihm zur Zeit der Handlung weder die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag noch jene Absicht des Schuldners bekannt war. Aber auch in diesen Fällen braucht bei dem Gemeinschuldner und dem Anfechtungsgegner böser Glaube nicht nothwendig vorzuliegen, da hier ebenfalls noch nicht feststand, daß es zum Konkurse kommen werde, und der Anfechtungsgegner auch den Fall in Betracht ziehen durfte, daß der Konkurs noch abgewendet werden könne. Auch läßt sich die Befreiung des Anfechtungsbeklagten zur Rückgewähr vermöge des ihm nachgelassenen Beweises als ein Ersatz für die ungünstigere Lage auffassen, in welcher er sich im Vergleiche mit dem Anfechtungsbeklagten im Falle des § 24 Ziffer 1 der Konkursordnung befindet, welchem gegenüber der Kläger den Beweis seiner Bekanntschaft mit der Absicht des Gemeinschuldners, seine Gläubiger zu benachtheiligen, zu führen hat, und daß es sich in der That nur um eine solche Vergünstigung des Anfechtungsbeklagten im Falle des § 23 Ziffer 2 handelt, ergiebt sich daraus, daß nach § 23 Ziffer 1 der Beweis der Unkenntniß der Begünstigungs- oder Benachtheiligungsabsicht den Anfechtungsgegner nicht befreit. Vergleiche Petersen, Konkursordnung (2. Auflage) Seite 99.

Das gesetzgeberische Motiv, daß Rechtshandlungen der hier fraglichen Art häufig in rechtswidriger Absicht vorgenommen werden, rechtfertigt nicht die Annahme, sie seien bis zum Beweise des Gegentheils immer als unerlaubte Handlungen aufzufassen und zu behandeln und, während die Bestimmung des Gesetzes sich aus anderen (realen) Gründen genügend rechtfertigt, einen Dolus oder präsumirten Dolus als Grund der gestatteten Anfechtung aufzustellen. Speziell im Falle des § 23 Ziffer 2 der Konkursordnung spricht dagegen, als Grund der Klage einen Dolus, eine rechtswidrige Gesinnung des Beklagten anzusehen, der Umstand, daß — wie dem Gesetzgeber bei der großen Schwierigkeit des dem Beklagten nachgelassenen Negativen-Beweises unmöglich entgehen konnte — das Mißlingen dieses Beweises noch keineswegs geeignet ist, die den Gegenstand desselben bildende Unkenntniß der betreffenden Thatsachen auf Seiten des Beklagten zu widerlegen, so daß ein wirklicher Dolus dieses Beklagten als Erforderniß der Anfechtung vom Gesetze nicht aufgestellt sein kann. Ein Gesetzgeber aber, welcher sich, indem er auf Grund gewisser thatsächlicher Voraussetzungen eine civilrechtliche Verpflichtung ohne das Vorliegen eines Vertrags- oder vertragsähnlichen Verhältnisses statuirt, mit dem bloßen Verdachte eines Dolus begnügt, giebt eben damit zu erkennen, daß der Rechtsgrund dieser Verpflichtung nicht auf einen Dolus, sondern auf legislativen Zweckmäßigkeitsrücksichten beruht. Vergleiche Cosack a. a. O. Seite 18.

Die Annahme, daß, wenngleich die Klage aus § 23 Ziffer 1 nicht auf einer unerlaubten Handlung beruhen sollte, doch jedenfalls die Klage aus § 23 Ziffer 2 als Deliktsklage aufzufassen sei, weil hier bis zum Beweise des Gegentheils die Kenntniß des Anfechtungsbeklagten von einer Begünstigungsabsicht des Gemeinschuldners vorausgesetzt werde, widerlegt sich durch die Erwägung, daß nach § 23 Ziffer 2 der Beklagte auch im Falle des Gelingens des ihm in dieser Richtung obliegenden Beweises haftet, wenn er nicht zugleich den ferneren Beweis erbringt, daß ihm die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag unbekannt war, woraus sich zugleich ergiebt, daß die gedachte Bestimmung keineswegs schlechthin gegen die Absicht des Schuldners, einen Gläubiger vor den anderen zu begünstigen, und die Kenntniß des Begünstigten von dieser Absicht gerichtet ist. Vergleiche die Entscheidung der Vereinigten Civilsenate in Band 10 Seite 38 der Entscheidungen des Reichsgerichts. In einem so gearteten Falle bleibt aber als Grund der Anfechtung nur die Thatsache übrig, daß ein Gläubiger eine Sicherung oder Befriedigung, die er nicht oder nicht in der Art oder zu der Zeit beanspruchen konnte, in Folge einer Rechtshandlung erhalten hat, welche in die Zeit nach der Zahlungseinstellung oder des Eröffnungsantrages fällt, ohne daß der Beklagte seine damalige Unkenntniß von der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage beweisen kann, und es ist in der That nicht einzusehen, weshalb bei diesem Thatbestande ein Delikt des Anfechtungsbeklagten angenommen werden sollte.

Für die Annahme, daß weder in dem Falle unter Ziffer 1, noch in dem Falle unter Ziffer 2 des § 23 der Rechtsgrund der Anfechtung in einer unerlaubten Handlung besteht, spricht denn auch, daß, wie in der oben erwähnten Entscheidung der Vereinigten Civilsenate des Reichsgerichts näher ausgeführt ist, eine behufs der Vollstreckung eines rechtskräftigen Urtheils bewirkte Pfändung zu den nach § 23 Ziffer 2 anfechtbaren Rechtshandlungen gehört, weil die bloße Möglichkeit oder die von der Prozeßordnung gewährte Aussicht, durch das Vorgehen des Gerichtsvollziehers ein Faustpfand zu erlangen, einen schon vor der Pfändung bestehenden Anspruch auf Sicherung im Sinne des Gesetzes nicht begründet, sowie ferner die Bestimmung des § 28 der Konkursordnung, nach welcher die Anfechtung (auch im Falle des § 23 Ziffer 2) dadurch nicht ausgeschlossen wird, daß für die anzufechtende Rechtshandlung ein vollstreckbarer Schuldtitel erlangt oder daß dieselbe durch Zwangsvollstreckung oder durch Vollziehung eines Arrestes erwirkt worden ist. Denn man wird nicht annehmen wollen, daß das Gericht bei einer „unerlaubten" Handlung mitwirke. Und doch ist dasselbe gar nicht in der Lage, sich dieser Mitwirkung auch in Kenntniß von dem Vorliegen der thatsächlichen Voraussetzungen der Anfechtungsfälle des § 23 der Konkursordnung zu entziehen, ja die Voraussetzung des dinglichen Arrestes, welche nach § 797 der Civilprozeßordnung in der Besorgniß besteht, daß ohne dessen Verhängung die Vollstreckung des Urtheils vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde, kann gerade durch die Zahlungseinstellung gegeben sein, wenn nämlich dieselbe unter Umständen erfolgt ist, welche daraus schließen lassen, daß der Schuldner oder ein unberechtigter Dritter Vermögensstücke beseitigen, beziehungsweise dem Angriffe der Gläubiger entziehen werde. Fällt aber auch die unter Mitwirkung des Gerichts vom Gläubiger erwirkte Pfändung unter die Vorschrift des § 23 Ziffer 2 (und zwar auch dann, wenn sie ohne Mitwirkung und Einverständniß des Schuldners erfolgt), so liegt kein Grund vor, dieser Vorschrift einen anderen Rechtsgrund beizumessen, wenn eine unter Mitwirkung des Schuldners, aber ohne Mitwirkung oder doch ohne Kenntniß des Gerichts vorgenommene Handlung in Frage steht.

Es kommt noch hinzu, daß die Reichs-Konkursordnung die Anfechtungsfälle des § 23 nicht etwa aus dem, vom Gesichts-

punkte der *Arglist* ausgehenden *Römischen* Rechte, sondern aus *neueren* Gesetzen und Anschauungen herübergenommen hat, welche sich im *Gegensatze* zu dem Römischen Rechte gebildet und das Anfechtungsgesetz in wesentlicher Art *erweitert* haben, wobei vorzugsweise die Vorschriften des Französischen Rechts und der Preußischen Konkursordnung von 1855 maßgebend waren, indem der § 23 wesentlich den §§ 100 und 101 der Preußischen Konkursordnung entspricht und diese den Artikeln 446 und 447 des Französischen Fallimentgesetzes von 1838 nachgebildet waren. Auch diese Vorschriften berechtigen nicht oder zwingen doch nicht zu der Annahme, in den Fällen des § 23 der Konkursordnung als Rechtsgrund der Anfechtung ein Delikt oder Quasidelikt anzusehen. Denn nach Artikel 446 des Französischen Fallimentsgesetzes sind die freigebigen Verfügungen, die verfrühten Zahlungen und die durch Hingabe an Zahlungsstatt u. s. w. gewährten Befriedigungen sowie die Pfandbestellungen, wenn diese Handlungen in den zehn Tagen vor der Zahlungseinstellung erfolgten, kraft des Gesetzes ungültig, *ohne* daß es hierbei auf die *Kenntniß* des Anfechtungsgegners von der Vermögenslage des Schuldners ankommt, wogegen nach Artikel 447 die übrigen Zahlungen und entgeltlichen Rechtsgeschäfte für ungültig erklärt werden *können*, wenn sie nach der Zahlungseinstellung erfolgten und der Anfechtungsbeklagte von dieser *Kenntniß* hatte, wobei dann noch der Artikel 1167 des Code civil in Betracht kommt, welcher die in fraudem creditorum vorgenommenen Handlungen für anfechtbar erklärt. Obgleich hiernach bei der Vorschrift des Artikels 446 offenbar die Erwägung mitgewirkt hat, daß die vorgenommenen Handlungen im Zweifel auf einer Benachtheiligungs- oder Begünstigungsabsicht beruhen, ist nun aber doch bei dem *rein objektiven* Thatbestande die Annahme einer unerlaubten Handlung ausgeschlossen, da das gesetzgeberische *Motiv* nicht die Folge haben kann, daß solche Handlungen, für deren Thatbestand eine arglistige Absicht nicht erforderlich ist, als unerlaubte anzusehen sind. Dem Artikel 447 kann aber nicht die Auffassung zu Grunde liegen, aus der Kenntniß der Zahlungseinstellung ergebe sich ohne Weiteres eine rechtswidrige Absicht, da der Beweis dieser Kenntniß das Gericht zur Ungültigkeitserklärung zwar *berechtigt*, aber nicht *verpflichtet*. Jedenfalls ist seit längerer Zeit in der französischen Rechtsprechung die Auffassung herrschend geworden, daß die Kenntniß von der Zahlungseinstellung nicht gleichbedeutend sei mit „mauvaise foi," welche vielmehr etwas *Weiteres* voraussetze, so daß auch ein ungeachtet solcher Kenntniß abgeschlossenes Geschäft oder eine mit derselben angenommene Zahlung in gutem Glauben erfolgt und gültig sein könne. Vergleiche Dalloz & Vergé, Code de commerce Art. 447 Nr. 73 fg., insbesondere Nr. 97 bis 99, Sirey, Recueil, Band 44 Seite 219, Band 61 Seite 610, Band 64 Seite 384 und Band 69 Seite 117 und Petersen, Konkursordnung (2. Auflage) Seite 105 bis 107.

In Betreff der §§ 100 und 101 der Preußischen Konkursordnung war die vorliegende Frage zwar streitig, indem das Reichsoberhandelsgericht im *Widerspruche* mit der Ansicht des Preußischen Obertribunals wiederholt ausgesprochen hat, daß das Gesetz die *fraudulöse* Absicht des Anfechtungsbeklagten treffen wolle, beziehungsweise daß der Beweis einer unredlichen Absicht *nur deshalb* nicht gefordert werde, weil derselbe *schon als erbracht* angesehen sein. Vergleiche Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Band 7 Seite 334, Band 10 Seite 211 und 249 und Band 15 Seite 81. Aber in einer späteren Entscheidung (vergleiche Band 21 Seite 248) hat das Reichsoberhandelsgericht anerkannt, zur Begründung einer *Schadensersatzpflicht* könne die gesetzlich nur *präsumirte* fraus *nicht* dienen, da ein *positiver* dolus *nicht* vorliege. Auch erscheint nach den Materialien zur Preußischen Konkursordnung die Auffassung als eine nicht unberechtigte, daß das Gesetz nicht die Absicht eines dolus fingire oder präsumire, sondern die betreffenden strengeren Vorschriften nur mit Rücksicht auf die Erfahrungen des täglichen Lebens erlassen habe. Vergleiche Wentzel und Klose, Commentar Seite 57 und 59.

Die Argumentation, daß in allen Fällen des § 23 der Konkursordnung dem Verhalten des Anfechtungsbeklagten eine *subjektive Unredlichkeit* beizulegen sei, weil er in Kenntniß gewisser Thatsachen, bei deren Vorliegen das Gesetz dies nicht zulassen wolle, andere Gläubiger benachtheiligende Rechtsgeschäfte mit dem Schuldner abschließe oder sich Vortheile gewähren lasse, auf welche ihm ein rechtlicher Anspruch nicht zustand, während das Gesetz das zur Zeit vorhandene Vermögen zur gemeinsamen und gleichmäßigen Befriedigung der Gläubiger nach bestimmter Ordnung verwendet wissen wolle, erscheint dem Vorstehenden zufolge nicht als zutreffend. Das Gesetz hat die betreffenden Handlungen weder dem Schuldner noch dritten Personen *verboten*. Die *mögliche* Benachtheiligung der oder der übrigen Konkursgläubiger tritt erst ein, wenn es wirklich zum Konkurse kommt, und nur für *diesen* Fall wird dem Anfechtungsbeklagten die Pflicht zur *Rückgewähr* auferlegt, welche sich aus realen Gründen der Billigkeit und Zweckmäßigkeit ausreichend erklärt, ohne daß es erforderlich wäre, dieselbe auf eine subjektive Unredlichkeit zurückzuführen. Auch hat das Gesetz in dem Falle des § 23 Ziffer 2 — wie doch durch eine andere Fassung leicht hätte geschehen können — in keiner Weise zu erkennen gegeben, daß es auch hier als *positive* Voraussetzung der Anfechtungsklage die Kenntniß des Anfechtungsbeklagten von der Zahlungseinstellung u. s. w. verlange, vielmehr hat es, ohne eine Präsumtion für ein subjektiv rechtswidriges Verhalten desselben auszusprechen, diesem nur den Beweis einer die Anfechtungsklage elidirenden *Einrede* freigelassen, unter welchen Umständen die Annahme, daß bezüglich eines Theiles des Klaggrundes nur die *Beweislast* geändert sei und das Gesetz die betreffende Kenntniß des Anfechtungsbeklagten bis zum Beweise des Gegentheis *präsumire*, als willkürlich erscheint.

Noch weniger ist die Meinung zu billigen, daß die absichtliche Begünstigung eines Gläubigers vor den übrigen und die Annahme einer solchen in Kenntniß der hierauf gerichteten Absicht, *deshalb* nur als „unerlaubte" Handlungen betrachtet werden könnten, weil ein *Vertragsverhältniß* zwischen der Konkursmasse, beziehungsweise zwischen den übrigen Gläubigern und dem Anfechtungsbeklagten *nicht* existire. Denn dieses Argument beweist eines Theils zuviel, da es auch auf den die unentgeltlichen Verfügungen betreffenden Anfechtungsfall des § 25 der Konkursordnung passen würde, bei welchem von einem deliktartigen Charakter der Klage zweifellos nicht die Rede sein kann. Und anderen Theiles ist dabei übersehen, daß die Anfechtungsklage je nach der Auffassung des Gesetzes ebensowohl einen con-

diktionsartigen Charakter (actio quasi ex contractu) als einen deliktischen haben kann.

Eine Dolosität kann auch nicht darin gefunden werden, daß der Anfechtungsgegner eine Zuwendung, welche vom Gesetze für den Fall der vorausgesetzten Kenntniß für unstatthaft erklärt ist, ungeachtet dieser Kenntniß *annimmt*. Denn das Gesetz erklärt — und zwar lediglich dann, wenn hinterher die Eröffnung des *Konkurses* erfolgt ist — nur das *Behalten* der Zuwendung für unstatthaft, indem es dem Anfechtungsgegner die Verpflichtung zur *Rückgewähr* auferlegt.

Auch aus den *sonstigen* Bestimmungen der Konkursordnung ist für die Auffassung der Klagen aus § 23 als Klagen aus „unerlaubten Handlungen" irgend ein erheblicher Grund nicht zu entnehmen.

Dies gilt zunächst von der Art und Weise, wie in § 30 der *Umfang* der Verpflichtung zur Rückgewähr geordnet ist, indem hiernach zwar der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung dieselbe *nur insoweit* zurückzugewähren hat, als er durch sie *bereichert* ist, in *allen übrigen* Fällen aber das aus dem Vermögen des Gemeinschuldners Veräußerte, Weggegebene oder Aufgegebene zur Konkursmasse zurückgewährt werden muß. Denn mag auch die Dolus-Theorie der Motive hierbei nicht ohne Einfluß gewesen sein, so erhellt doch aus dieser Vorschrift noch keineswegs — wie in dem Urtheile des Ersten Civilsenats zugegeben ist — mit Bestimmtheit, daß alle übrigen Anfechtungsgegner als *unredliche Besitzer* behandelt seien. Jedenfalls würde daraus nicht folgen, daß das Gesetz in allen diesen Fällen der Anfechtung als Klagegrund eine unerlaubte Handlung annimmt, da bei der gesetzlichen Aufstellung von Verpflichtungsgründen der Umfang der Verpflichtung aus Zweckmäßigkeitsgründen in beliebiger Weise geregelt werden kann und da die sich aus der Vorschrift des § 30 ergebende Verpflichtung des Anfechtungsgegners, für untergegangene Sachen *Werth*-*ersatz* zu leisten und empfangenes Geld zu *verzinsen*, auch schon durch den Gesichtspunkt gerechtfertigt wird, daß ihm nach Annahme des Gesetzes erkennbar war, der Schuldner befinde sich in einer kritischen Vermögenslage, deren ungünstiger Verlauf für ihn die Verpflichtung zur Rückgewähr herbeiführen könne, und daß er mithin von vornherein bewußtermaßen auf diese Gefahr hin handelte.

Ebensowenig ist erhebliches Gewicht darauf zu legen, daß nach § 211 der Konkursordnung die in § 23 Ziffer 2 erwähnte *Begünstigung* eines Gläubigers auf Seiten des *Gemeinschuldners* sogar eine *strafbare* Handlung darstellt. Denn die Anfechtung aus § 23 Ziffer 2 ist — wie bereits weiter oben hervorgehoben wurde — auch *schon dann* begründet, wenn es dem Anfechtungsgegner nur mißlingt, seine Unkenntniß von der *Zahlungseinstellung* zu beweisen, mag er auch *dargethan* haben, daß ihm eine Absicht des Schuldners, ihn vor den übrigen Gläubigern zu *begünstigen*, nicht bekannt gewesen sei. In einem auf Seiten des Anfechtungsbeklagten vorhandenen oder doch präsumirten Bewußtsein von der strafbaren Handlung des Schuldners kann mithin der Rechtsgrund der Anfechtungsklage aus § 23 Ziffer 2 nicht gefunden werden. Außerdem hat die Reichs-Konkursordnung in *Abweichung* von den Bestimmungen der Preußischen Konkursordnung, welche auch den begünstigten *Empfänger* mit Strafe bedrohten, von einer solchen Bestrafung abgesehen, und zwar nach den Motiven nicht einfach deshalb, weil diese Vorschrift mit Recht in der Praxis als zu hart getadelt sei, sondern zugleich mit der weiteren Begründung, daß der Gläubiger *sein Recht verfolge* und daß er, wenn er dabei den Konkursanspruch der Uebrigen verletze, wohl *civilrechtlich unwirksam* handeln, aber nicht bestraft werden könne, welche Motivirung dafür spricht, daß das Gesetz auch die civilrechtliche *Anfechtbarkeit* nicht aus subjektiven, sondern nur aus objektiven Gründen für gerechtfertigt erachtet.

Aus dem § 33 der Konkursordnung endlich, nach welcher die gegen den Erblasser begründete Anfechtung auch gegen den Erben stattfindet, mag sich andererseits ein erhebliches Moment gegen die Auffassung solcher Klagen als Deliktsklagen nicht entnehmen lassen, da, wenngleich nach gemeinem Rechte auf Grund eines konstanten Gerichtsgebrauches der Erbe für Deliktsschulden nur haftet, soweit die Erbschaft reicht, doch manche Deutsche Landesrechte, namentlich das Preußische (vergleiche Allgemeines Landrecht Theil I Titel 9 §§ 418 und 419), in Bezug auf die Vererblichkeit einen Unterschied zwischen Geschäfts- und Delikts-Schulden nicht machen.

Schließlich ist zuzugeben, daß der Verfasser der Motive zu dem Entwurfe der Reichs-Konkursordnung allerdings wohl unzweifelhaft von der Ansicht ausgegangen ist, daß alle Anfechtungsklagen mit Ausnahme der in den Fällen des § 25 gegebenen, insbesondere auch die Anfechtungsklage aus § 23 Ziffer 2 der Konkursordnung auf einer unerlaubten Handlung beruhen, daß der Dolus, die Fraudulosität, die Unredlichkeit, der böse Glaube den Rechtsgrund der Anfechtung bilde. In dem *Gesetze selbst* hat dies aber *keinen Ausdruck* gefunden und eine entscheidende Bedeutung könnte den Motiven und den Verhandlungen der Reichstagskommission nur beigelegt werden, insofern sie zur *Bestätigung* des bereits *anderweitig* ermittelten Gesetzeswillens verwendbar wären. Dies ist aber nicht der Fall, und es genügt hier, in Betreff der Bedeutung der Motive sowie des in denselben konstruirten sogenannten „Konkursanspruches" für die vorliegende Frage auf die Ausführung in dem Erkenntnisse des Ersten Civilsenats (Band 10 Seite 330 bis 333) Bezug zu nehmen.

Personal-Veränderungen.

Zulassungen.

Ludwig Segall beim Amtsgericht Königs-Wusterhausen; — Dr. jur. Max Hermann *Hunold* beim Amtsgericht Stolpen; — Dr. jur. Otto *Hennicke* beim Landgericht Freiberg; — *Dorendorf* beim Landgericht Magdeburg; — Adalbert *Strenge* beim Amtsgericht Leer; — Julius Ingwer *Carsten*, Peter *Levsen* beim Amtsgericht Glückstadt; — Dr. jur. Franz *Broesel* beim Landgericht Greiz; — Otto *Schütte* beim Amtsgericht Iserlohn; — *Salon* beim Amtsgericht Krone a. Br.; — Dr. *Sauer* beim Amtsgericht St. Goarshausen; — Friedrich *Brombacher* beim Landgericht Karlsruhe und Wohnsitz Pforzheim; — August *Bürkel* beim Landgericht München II; — Hermann *Martini* beim Amtsgericht Erding; — Franz *Lange* beim Oberlandesgericht Königsberg; — Franz Otto Hermann *Nickse* und Karl *Rosenthal* beim Landgericht Kottbus; — Walter *Pritz* beim Amtsgericht Opladen; — Ernst *Schlüter* beim Amtsgericht Witten-

burg; — Dr. Max Hermann Haubold beim Landgericht Baatzen; — Albert Krebs beim Landgericht Frankfurt a. M.; — Dr. jur. Hans Hnch beim Landgericht Frankfurt a. O.; — Alexander Oestreich beim Landgericht Köln; — Ernst Metz beim Amtsgericht Nidda; — Joh. Eberhard Pavenstedt beim Amts- und Landgericht Bremen und Oberlandesgericht Hamburg.

Löschungen.

v. Schutzbar genannt Milchling beim Amtsgericht Fulda; — Johann Nepomuk Kober beim Amtsgericht Mainburg; — Sebastian Riederer beim Landgericht Neuburg a. D.; — Karpinski in Schrimm beim Landgericht Posen; — Ernst Schlüter beim Amtsgericht Neustadt (Meckl.); — Justizrath Karl August Ferdinand Seger beim Kammergericht Berlin; — Nieland beim Landgericht Hildesheim; — Eberhard beim Landgericht Nordhausen; — Justizrath Wilhelm Jungermann beim Landgericht Berlin I.; — Dr. Pfeffinger in Offenbach beim Landgericht Darmstadt; — Christian Dorner beim Landgericht Mosbach; — Heinrich Ernst Scheuffler beim Amtsgericht Pirna; — William Huch beim Oberlandesgericht Braunschweig; — Ferdinand Pieper beim Landgericht Essen; — Dr. Gellert beim Landgericht Lissa; — Biebig beim Amtsgericht Marienburg; — Loeper beim Landgericht Neustrelitz.

Ernennungen.

Zu Notaren wurden ernannt: Furbach in Konitz für den Bezirk des Oberlandesgerichts Marienwerder und Wohnsitz in Konitz; — Langowski in Stuhm für den Bezirk des Oberlandesgerichts Marienwerder und Wohnsitz in Stuhm; — Klein in Margonin für den Bezirk des Oberlandesgericht Posen und Wohnsitz in Margonin; — Slawyk in Nordhausen für den Bezirk des Oberlandesgerichts Naumburg a. d. S. und Wohnsitz in Nordhausen; — Koepper in Belgard für den Bezirk des Oberlandesgerichts Stettin und Wohnsitz in Belgard.; — Brabender in Kleve für den Bezirk des Landgerichts Bonn und Wohnsitz in Godesberg.

Für die Redaktion verantw.: S. Haenle. Verlag: W. Moeser Hofbuchhandlung. Druck: W. Moeser Hofbuchdruckerei in Berlin.

№ 44 und 45. Berlin, 28. September. 1888.

Juristische Wochenschrift.

Herausgegeben von

S. Haenle, Justizrath, Rechtsanwalt in Ansbach. und M. Kempner, Rechtsanwalt beim Landgericht I. in Berlin.

Organ des deutschen Anwalt-Vereins.

Preis für den Jahrgang 20 Mark. — Inserate die Zeile 40 Pfg. — Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt.

Inhalt.

Aufsätze für die Juristische Wochenschrift, welche acht Spalten überschreiten, können nur ausnahmsweise angenommen werden. Aufsätze, welche sich auf Angelegenheiten des Anwaltstandes und die Reichsjustizgesetze beziehen, erhalten den Vorzug. Die Redaktion.

Vereinsnachrichten.

1. Der Terminkalender für das Kalenderjahr 1889 ist an die Herren Vereinsmitglieder am 22. September 1888 versandt. Erinnerungen wegen Nichtempfangs können nur, wenn sie bis 10. Oktober 1888 dem Unterzeichneten mitgetheilt werden, berücksichtigt werden.

2. Am 15. Oktober 1888 werden die rückständigen Mitgliederbeiträge für 1889 durch Postnachnahme erhoben werden.

Leipzig, den 25. September 1888.

Mecke, Schriftführer.

Hülfskasse für deutsche Rechtsanwälte.

Die Anwaltskammer im Bezirke des Oberlandesgerichts zu Jena hat der Kasse abermals eine Beihülfe und zwar von 400 Mark gewährt. Der Kammer und ihrem Vorstande ist für die erfreuliche Gabe der herzlichste Dank ausgesprochen.

Das Jubiläum des Herrn Geheimen Justizrath von Wilmowski in Berlin.

28. September 1888.

Gustav Carl Adolph von Wilmowski, Sohn des zu Naumburg a. S. verstorbenen Geheimen Justizraths und Oberlandesgerichtsraths v. Wilmowski und Charlotte geb. Kirbaum, ist am 17. August 1818 zu Paderborn geboren, besuchte das Gymnasium zu Paderborn und erhielt mit 17 Jahren das Zeugniß der Reife. Er widmete sich auf den Universitäten Berlin und Bonn der Rechtswissenschaft, wurde am 28. September 1838 als Auskultator beim Land- und Stadtgerichte zu Naumburg a. S. verpflichtet, im Jahre 1840 Referendar und im Jahre 1843 Assessor. Am 1. Oktober 1844 als etatsmäßiger Richter bei dem Land- und Stadtgericht zu Wollstein, Provinz Posen ernannt, blieb er in dieser Stellung bis Juli 1849. Im letztgedachten Jahre wurde er Rechtsanwalt und Notar zu Schlawe i. P. und fungirte dort bis 1. November 1869. Demnächst in gleicher Amtseigenschaft nach Breslau versetzt, blieb er dort bis zum Jahre 1873, in welchem er zum Rechtsanwalt beim Stadtgerichte zu Berlin und zum Notar im Bezirke des Kammergerichts ernannt wurde. Im Jahre 1879 wurde v. Wilmowski als Rechtsanwalt beim Landgericht I zu Berlin zugelassen und vertauschte diese Stellung im Jahre 1883 mit der eines Rechtsanwalts beim Kammergericht, welcher er noch gegenwärtig obliegt. Auch das Notariat hat er beibehalten.

v. Wilmowski wurde im Jahre 1867 zum Justizrath und im Jahre 1882 zum Geheimen Justizrath ernannt. Er ist stellvertretender Vorsitzender des Vorstandes der Anwaltskammer im Bezirke des Kammergerichts.

v. Wilmowski hat an der Gesetzgebung des deutschen Reichs und der Entwickelung der deutschen Rechtswissenschaft ein reichliches Antheil. In den Jahren 1871 und 1872 war er Mitglied der in Berlin zusammengetretenen vom Bundesrath eingesetzten Kommission zur Feststellung eines Entwurfs einer Civilprozeßordnung für das deutsche Reich. Seine wissenschaftlichen Werke sind: Beiträge zum Pommerschen Lehnrecht, das Lübische Recht in Pommern, Kommentare zur Civilprozeßordnung, zur Konkursordnung und den bezüglichen Ausführungsgesetzen.

Seine verdienstvolle Wirksamkeit als langjähriger Schriftführer des Juristentags ist bekannt. Auch an der Spitze des deutschen Anwaltvereins ist er seit Jahren mit Erfolg thätig.

Namens des Gesammtvorstandes ist an den Jubilar die nachstehende Adresse gerichtet worden:

Hochgeehrter Herr College!

Seit langer Zeit zählt die Deutsche Rechtsanwaltschaft Sie zu ihren hervorragendsten Mitgliedern.

Heute ist der Tag, an welchem nach gutem altem Brauche der Verehrung der Standesgenossen für Ihre Person und dem Danke für ein erfolgreiches Wirken feierlich Ausdruck verliehen werden darf. Andern können wir überlassen, Ihre großen Verdienste um die Gesetzgebung des Deutschen Reichs und die Deutsche Rechtswissenschaft zu rühmen. Wir feiern in Ihnen den Mann, dem ein warmes Herz für seine Standesgenossen schlägt und der mit Begeisterung bemüht ist, unseren Stand zum Besten des Vaterlandes in Würden zu erhalten und zu fördern. Mit Ihnen seit Jahren wirkend an der Spitze unseres Vereins, welcher sich die Aufgabe beimißt, durch ein gedeihliches Zusammenwirken der Standesgenossen ohne Ansehung der politischen Parteistellung zu des Vaterlandes Wohl einen tüchtigen und ehrenwerthen Deutschen Anwaltstand zu erhalten und weiterzubilden, können wir vollgültiges Zeugniß davon ablegen, wie Sie seit Jahren mit Wort und Schrift, in unseren Versammlungen wie im Freundeskreise erfolgreich für die Deutsche Rechtsanwaltschaft gewirkt haben. Nicht zum geringsten Theile verdanken wir es Ihrer kräftigen Mitwirkung, daß der Deutsche Anwaltverein als eine große und angesehene Körperschaft dasteht. Mögen Sie dem Vaterlande, dem Stande, dessen Zierde Sie sind, und unserem Verein noch recht lange erhalten bleiben.

Leipzig, den 28. September 1888.

Namens des Gesammtvorstandes des Deutschen Anwaltvereins.

Dr. Dorn,	**Mecke,**
Geheimer Justizrath,	Justizrath,
Vorsitzender.	Schriftführer.

An den

Rechtsanwalt beim Kammergericht

Herrn Geheimen Justizrath von Wilmowski

zu

Berlin.

Der XIX. Deutsche Juristentag.

Der XIX. Deutsche Juristentag, der vom 11. bis 13. September d. J. in Stettin versammelt war, ist die erste größere Vereinigung von Fachgenossen, welche nach der Veröffentlichung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich stattfand. Nicht allein die Fragen allgemeinen Interesses, welche bereits sehr eingehende Erörterungen von Laien und Juristen erfahren hatten:

ob die Aufnahme des Satzes: „Kauf bricht Miethe“ in den Entwurf zu billigen,

ob die reichsgesetzliche Regelung der Voraussetzungen für die freie Corporationsbildung und welcher geboten,

ob und in welchen Fällen die Entmündigung wegen Trunksucht zuzulassen,

ob der Mutter neben der väterlichen Gewalt eine subsidiäre Gewalt über die Kinder einzuräumen sei,

sondern auch speciellere Bestimmungen von wesentlichem Fachinteresse, wie die

ob in dem Entwurf die Erwerbung von Servituten mit Recht an die Bedingung der Eintragung geknüpft sei,

ob das Vindikationslegat wie alle Legate nur obligatorische Wirkung haben solle,

ob und welche besonderen Vorschriften bezüglich der Gewährleistung von Viehmängeln sich empfehlen,

standen auf die Tagesordnung. Die deshalb hier und da gehegte Erwartung, daß der diesjährige Juristentag besonders zahlreich besucht sein werde, hat sich zwar nicht erfüllt — wir zählten nicht ganz 300 Theilnehmer — immerhin aber waren Juristen aus fast allen Theilen des Reichs anwesend und die Gelegenheit gegeben, die Beurtheilung kennen zu lernen, welche der veröffentlichte Entwurf im Allgemeinen in den verschiedenen Rechtsgebieten findet. Vielleicht darf dem Gedankenaustausch, der in den Verhandlungen wie im Privatgespräche über den Charakter des Entwurfs, dessen Aussichten und weitere Behandlung stattgefunden hat, eine noch größere Bedeutung beigelegt werden, als der Behandlung der einzelnen Materien. Dieses Ergebniß war nur durch die ausgezeichnete Art, wie die Berathungsgegenstände vorbereitet waren oder eingeleitet wurden, möglich. Arbeiten, wie z. B. die von Fischer (Greifswald) über den Satz „Kauf bricht Miethe“, von Gierke über die Frage der Voraussetzungen freier Korporationsbildung, Referate wie das von Brunner über das erste Thema, oder das von Dernburg über das Erforderniß der Eintragung von Servituten — um nicht alle einzeln aufzuführen — dürfen als Muster für die beste Vorbereitung oder Einleitung der Verhandlung schwieriger Fragen in größeren Versammlungen bezeichnet werden. Nur weil man ihren Inhalt als bekannt annehmen konnte und mußte, war die Weglassung wichtiger historischer Erörterungen, die Betonung des Zusammenhangs der einzelnen Fragen mit den Grundgedanken des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs, die kursorische Erwähnung aller Nebenpunkte möglich. Es bedurfte wahrlich bei der Fülle der Verhandlungsgegenstände und Kürze der Zeit weiser Beschränkung, zumal die Stadt Stettin und die dortigen Juristen dem einen Zwecke des Juristentages, einen geselligen Verkehr und eine Annäherung der deutschen Juristen unter einander herbeizuführen, eine sehr große Bedeutung beilegten und zu seiner Erfüllung umfassende und glänzende Vorbereitungen getroffen hatten.

Bei der Verweisung der Fragen in die Abtheilungen hatte die ständige Deputation nicht geringe Schwierigkeiten. Denn es war zu erwarten, daß bei der Erörterung einzelner Fragen des Entwurfs fast alle Mitglieder des Juristentages würden anwesend sein wollen — wie in der That bei der Abstimmung der I. Abtheilung über die Aufnahme des Satzes „Kauf bricht Miethe“ das Plenum versammelt zu sein schien. Schließlich ermöglichte die Reihenfolge der Verhandlungen und die Rücksicht der Abtheilungs-Vorsitzenden auf die Tagesordnung der andern Abtheilungen Jedem, bei allen wesentlichen Berathungen anwesend zu sein.

Es kann der Zweck dieses Rückblicks nicht sein, einen eingehenden Bericht über die Verhandlungen zu geben. Einerseits

wäre derselbe durch die prompten und ziemlich ausführlichen Mittheilungen der Tagesblätter lange überholt, andererseits könnte er auf den Werth, welchen die künftig erscheinenden stenographischen Berichte haben, unter keinen Umständen Anspruch erheben. Nur einzelne Bemerkungen sollen den Eindruck eines Theilnehmers kennzeichnen.

Im Laufe der Verhandlungen meinen wir diejenige Auffassung über den Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs als die der Mehrheit erkannt zu haben, welche der Vorsitzende des Juristentags Reichsgerichts-Senatspräsident Drechsler in seiner Eröffnungsrede etwa dahin dargelegt hatte: es lassen sich sehr gewichtige Bedenken gegen Einzelbestimmungen des Entwurfs, mancherlei Einwendungen gegen die Form erheben; für Vieles mag sofortige reichsgesetzliche Regelung mit Recht gewünscht werden, was der Entwurf noch der Landesgesetzgebung überläßt — aber mit Unrecht ist die Ansicht ausgesprochen, daß der Entwurf im Ganzen zu verwerfen sei, daß seine Annahme die deutsche Rechtseinheit nicht fördern würde. —

Wir theilen die Meinung zahlreicher Mitglieder, daß was im Einzelnen nicht volksthümlich ist, wird geändert werden können, was in der Grundauffassung und theilweise was in der Form verfehlt erscheint, zwar schwerer umzuarbeiten sein wird, daß aber durchaus kein Grund für die Annahme vorliegt, daß die Verbesserung nicht mit Erfolg in Angriff genommen werden könne. Diejenigen, welchen die Mängel so wesentlich erscheinen, daß sie den Entwurf im Ganzen verwerfen, scheinen uns in denselben Fehler zu verfallen, den die Kommission für die Ausarbeitung des Entwurfs begangen hat: zu sehr von dem Wunsche der Herstellung einer vollendeten Leistung ausgegangen zu sein. Während die Kommission sich zu schwer zu einem Opfer der juristischen Konstruktion entschlossen zu haben scheint, legen sie zu viel Gewicht auf eine durchweg leichte Verständlichkeit des Gesetzbuchs.

Die Auswahl der Berathungsgegenstände aus dem bürgerlichen Gesetzbuch hätte nicht besser geschehen können. Fast jeder derselben führte zu der Erörterung von prinzipiellen Momenten, deren Bedeutung über die der speziellen Frage hinaus ging.

Gewiß ist es z. B. wirthschaftlich von großer Bedeutung, ob die Veräußerung der vermietheten oder verpachteten Sachen zu einer vorzeitigen Aufhebung des Mieths- und Pachtvertrages führen könne. Aber die Erwägung dessen, was sich hier für den Entwurf empfehle, führt zu den grundlegenden und wichtigeren Erörterungen: ob die Festhaltung juristischer Consequenz — nur diese, die Auffassung der Miethe als Vertrag, als obligatorisches Verhältniß hat ja die Kommission bestimmt — ein so wesentliches Erforderniß eines Gesetzbuchs sei, daß die Möglichkeit erheblicher Schäden zu ihrer Verletzung nicht führen dürfe; ferner: ob die Geschlossenheit des Kreises dinglicher Rechte durchaus erforderlich erscheine, ob weiter mit Grund ein Besitz an Rechten nicht anerkannt werden dürfe.

Nahezu einhellig hat der Juristentag für den Entwurf den Satz: Kauf bricht nicht Miethe, als nothwendig beschlossen. In keiner der Ausführungen hierfür ist auf den deutschrechtlichen Charakter des Satzes entscheidendes Gewicht gelegt worden, die Bestimmungen des Entwurfs erscheinen der großen Mehrheit als der Volksauffassung in dem größeren Theil des Reichs widersprechend und unbillig, wenn nicht mehr. Die vereinzelten Stimmen, welche versicherten, daß im Gebiete des gemeinen Rechts aus dem Satz „Kauf bricht Miethe" thatsächlich kein wesentlicher Nachtheil entstanden sei, blieben nicht einmal unangefochten — aber wenn sie Recht hätten, was bewiese dieses negative Ergebniß gegenüber der nicht weg zu leugnenden Möglichkeit des Eingriffs in erworbene Rechte? Darin läge jedenfalls kein Einwand gegen die Aufnahme des weithin geltenden umgekehrten Satzes. Denn nichts hat schlagender die Schwäche des Entwurfs dargethan, als die Ausführung des einzigen Redners, der sich ganz für den Satz: Kauf bricht Miethe ausgesprochen hat: „Bauunternehmer könnten große Projekte nicht ausführen, weil sie einzelne Miether nicht vorzeitig exmittiren könnten. Der Satz hätte, wenn in Berlin geltend, vielfach so bequem ermöglicht, durch Verkauf, Exmission der Miether und schnellen Bau die erschwerten Bedingungen der neuen Baupolizeiordnung zu vermeiden."!! Ob die Kommission nicht mit einigem Unbehagen erfahren wird, daß solche Gründe für die Richtigkeit ihrer Beschlußfassung sprechen können? Kaum Jemand wird sich überzeugen können, daß der Käufer von Grundstücken so häufig und so leicht durch heimliche Miethsverträge zu Schaden kommen werde — so wenig wie es bei Einführung des Satzes „Kauf bricht Miethe" ein Trost für den weichenden Miether sein würde, daß er eine Schadensersatzklage gegen seinen Vermiether anstellen könne. Andererseits wird der Käufer sich über die Fortsetzung des Miethsvertrages nicht beklagen können, wenn der Beschluß des Juristentages Gesetz wird:

> Es empfiehlt sich in das bürgerliche Gesetzbuch für den Fall der freiwilligen Uebereignung einer Sache, die dem Miether oder Pächter bereits vorher überlassen war, den Grundsatz: Kauf bricht nicht Miethe aufzunehmen.

Denn er sieht beim Kauf den Miether und hat die Mittel, sich von der Dauer des Miethsvertrages zu überzeugen. Schlimmstens wird, wenn ein mündlicher Vertrag vorliegt, sein Verkäufer immer feststellen lassen können: wie lange der Miethsvertrag dauert. Aber wir kommen in Versuchung, unserer Versicherung, nur einen kurzen Rückblick zu geben, untreu zu werden. —

Nicht minderes Interesse bot die in der III. Abtheilung behandelte Frage:

> an welche rechtliche Voraussetzungen kann die freie Korporationsbildung geknüpft werden?

Sie birgt in sich die Frage, ob die Kommission nicht in der Vorsicht, Bestimmungen des Entwurfs durch ihre Beziehungen zu politischen Fragen zu gefährden, zu weit gegangen sei, ob sie nicht in dieser Frage übersehen habe, daß die reichsgesetzliche Feststellung der Voraussetzungen freier Korporationsbildung die landesgesetzliche Begrenzung der Zulässigkeit von Vereinen nach ihren Zwecken gar nicht beseitige. —

Der Juristentag ist einstimmig der Ansicht gewesen, daß der Entwurf Billigung nicht finden könne. Es darf angenommen werden, daß die Theilnehmer die überzeugenden Gründe, welche Gierke in seinem Gutachten und dem gleich trefflichen Referat, auf das wir verweisen, gegen den Entwurf ausgeführt hat, anerkannt haben. Wir brauchen indessen kaum hervorzuheben, daß daraus auf eine unbedingte Billigung des scharfen Urtheils, das Gierke über den Entwurf im Allgemeinen an anderer Stelle gefällt hat, nicht geschlossen werden kann. Gewiß wäre

es Manchem erwünscht gewesen, auf weiteren Gebieten des Entwurfs als in der Lehre von der Miethe und der Korporation die Gründe für seine Kritik des Entwurfs dargelegt zu sehen. Keinenfalls hätte es ihm dann an Opposition gefehlt — in der vorliegenden Frage konnte sie ihm nicht gemacht werden. Der Beschluß des Juristentages lautet nach dem Antrage Gierke und Leske (Berlin) dahin:

„Der Juristentag spricht seine Ueberzeugung dahin aus:

1. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat unter Vorbehalt der besonderen Reichs- und Landesgesetze über einzelne Körperschafts-Gattungen allgemeine Bestimmungen über den Erwerb und Verlust der Körperschaftsrechte zu treffen. Es hat dabei das Princip der freien Körperschaftsbildung zu Grunde zu legen.
2. Privatrechtliche Körperschaften, welche nicht unter ein Specialgesetz fallen — Vereine für ideale Zwecke und wirthschaftliche Vereine, wenn sie nicht auf einen kaufmännischen oder gewerblichen Geschäftsbetrieb gerichtet sind — erlangen die öffentliche Anerkennung ihrer Persönlichkeit, wenn sie auf Grund gesetzlicher Normativbestimmungen in ein von den Gerichten geführtes Vereinsregister eingetragen werden.

Ein weiterer Beschluß dahin: „Hinsichtlich der politischen und religiösen Vereine können landesgesetzliche Ausnahmebestimmungen vorbehalten werden. Betreffs der Religionsgesellschaften und geistlichen Genossenschaften bleiben die Landesgesetze unberührt" wurde mit geringer Majorität abgelehnt.

Wenn auch das Hauptinteresse sich auf die beiden erwähnten Fragen erstreckte, so fanden doch auch die übrigen Gegenstände eingehende Würdigung. Der Juristentag entschied sich dafür, daß an Stelle väterlicher Gewalt eine der Mutter subsidiär zustehende elterliche Gewalt zu treten habe, und fand die in dem § 1538 ff. des Entwurfs für die subsidiäre Gewalt der Mutter festgestellten Normen geeignet. Er erachtete ferner die Zulässigkeit der Entmündigung solcher Personen, welche wegen Trunksucht sich und Andere gefährden, für geboten, nahm jedoch die Möglichkeit der Besserung an and sprach deshalb aus, daß bei Aufhören der Gefährdung die Entmündigung wieder aufgehoben werden könne. Zu der Frage, ob die Erwerbung der Servituten an das Erforderniß der Eintragung zu knüpfen sei, kam es zu keiner entscheidenden Beschlußfassung, wenn auch eine geringe Mehrheit für den Antrag des Referenten sich aussprach. Ein schriftliches Gutachten lag nicht vor. Dernburgs Antrag, auszusprechen, daß die in dem Entwurfe erfolgte Durchführung des Grundsatzes, daß Grundgerechtigkeiten nur durch Eintragung im Grundbuch erworben werden können, sich nicht empfehle, wurde entgegengehalten, daß die Entscheidung Mangels eines Gutachtens nicht genügend vorbereitet sei. Uns wollte es zwar scheinen, als ob für diejenigen, welche den Entwurf für die Verhandlung geprüft hatten, bei der Fragestellung, ob Eintragung ausschließlicher Modus des Servitutenerwerbes sein solle, die Entscheidung für oder wider wohl möglich war, aber gewiß wird eine wiederholte Prüfung dieser Frage auf Grund mehrseitiger Vorbereitung um so mehr mit Freuden begrüßt werden, als sie zu der allgemeinen Erörterung über den zu empfehlenden Inhalt des Grundbuchs, und den guten Glauben an denselben Gelegenheit geben wird, und Mancher bisher gegen den Antrag Dernburg gestimmt haben dürfte, weil er sich nicht für genügend informirt erachtete.

Sehr ausführliche Erörterung fand auch die Frage nach der Abschaffung des Vindicationslegats. Auch für denjenigen, der derselben praktisch geringe Bedeutung beimißt, werden die stenographischen Berichte von großem Interesse sein. Denn die Eingangs hervorgehobene Frage: wie hat sich der Entwurf zu den Geboten juristischer Konstruktion zu halten, ist der allgemeine Gesichtspunkt, der bei der Entscheidung hier in Betracht kommt.

Der Juristentag konnte sich damit nicht einverstanden erklären, daß derjenige, dem eine Sache aus dem Nachlaß legirt sei, zur Erlangung derselben nur eine Forderung an die Erben haben solle.

Von den Verhandlungen über das Thema der Gewährleistung für Viehmängel ist uns berichtet worden, daß die XII. Abtheilung auf Antrag des Kollegen Dr. Simon (Berlin) beschlossen hat:

1. „Es wird nicht für angemessen erachtet, die Gewährleistung für Mängel bei einzelnen Hausthieren auf bestimmte gesetzlich oder durch Verordnung festzustellende Hauptmängel zu beschränken und die Gewährleistungspflicht an die Voraussetzung zu knüpfen, daß diese Hauptmängel innerhalb bestimmter gesetzlich oder durch Verordnung festzustellender Fristen zum Vorschein kommen;
2. Vielmehr wird es für wünschenswerth erachtet, daß die allgemeinen Grundsätze des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich über die Gewährleistung bei Mängeln im wesentlichen auch auf die Veräußerung von lebenden Thieren Anwendung finden."

Neben diesen zahlreichen Fragen der empfehlenswerthen Gestaltung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches blieben die anderen Rechtsgebiete nicht ohne alle Berücksichtigung. Man wird dem Beschluß, daß es einer gesetzlichen Bestimmung über die Vollstreckbarkeit des eine offene Handelsgesellschaft verurtheilenden Urtheils in das Privatvermögen der Theilnehmer bedürfe, wohl beistimmen. Für die Vergangenheit würde sie nichts mehr ändern, für die Zukunft läßt sich das erwünschte Resultat durch die Ausdehnung der Klagen gegen eine offene Handelsgesellschaft auf deren Inhaber im Wesentlichen ohne Mehrkosten erreichen.

Ebenso wird sich gegen die Ausscheidung der Frage:

Empfiehlt es sich, die Prüfung der Wahlen für gesetzgebende Körperschaft als eine richterliche Thätigkeit anzuerkennen und deshalb der Rechtsprechung eines unabhängigen Wahlprüfungsgerichtshofs zu unterstellen?

von der Competenz des Juristentags kaum etwas einwenden lassen. Man kann der Wahlprüfung mit den Gutachtern den Charakter eines Urtheils beilegen und doch die gestellte Frage für eine solche halten, deren Antwort im wesentlichen auf politischem Gebiet liegt.

Mit großer Mehrheit hat der Juristentag die Ergänzung des Strafgesetzbuchs, daß der Verrath an Geschäfts- und Fabrikgeheimnissen als Vergehen strafbar sei, für rathsam erachtet.

Wir behalten uns vor, hierauf und auf die Frage, ob es angemessen erscheint, die prinzipale Privatklage auf die Körperverletzungen des § 223a des Strafgesetzbuchs, sowie auf Sachbeschädigung und Hausfriedensbruch auszudehnen, gelegentlich zurückzukommen. Der Juristentag nahm an, daß eine spezielle Bezeichnung einzelner Delikte, auf welche die prinzipale Privatklage auszudehnen sei, sich nicht empfehle, vielmehr die Frage, welche Ausdehnung dem Privatklageverfahren bei einer etwaigen Reform des Strafgesetzes zu geben, eine prinzipielle Lösung erheische.

Ueberblickt man das Resultat des XIX. Juristentages, so wird man gewiß dem Urtheil zustimmen, daß derselbe, wie er sich bisher um die Entwickelung der Gesetzgebung verdient gemacht hat (mit Recht verwies Präsident Drechsler auf die sehr zahlreichen Bezugnahmen der Motive des Entwurfs auf Beschlüsse der Juristentage), jetzt auf dem richtigen Wege der Förderung des Entwurfs durch Kritik sei.

Wir können diesen Bericht nicht schließen, ohne der Uebersicht über die Rechtsentwickelung in Deutschland seit der letzten Juristentags-Versammlung zu gedenken, welche unser verehrter Kollege von Wilmowski, dessen 50jähriges Jubiläum wir heute feiern, verfaßt hat. Jeder, der die Knappheit, Klarheit und Vollständigkeit dieser seit Jahren in seinen bewährten Händen liegenden Berichterstattung kennt, wird mit lebhaftem Bedauern gehört haben, daß er diese Arbeit künftig anderen Händen überlassen wolle. Hoffen wir, daß er wie Gneist, der zum ersten Mal seit 1866 an der Leitung des Juristentages verhindert war, in Zukunft ihre Theilnahme an den Arbeiten des Juristentages nicht versagen werden. K—r.

Hülfskasse für deutsche Rechtsanwälte.

Der in der vierten ordentlichen Generalversammlung der Hülfskasse für deutsche Rechtsanwälte zu Leipzig am 23. September 1888 satzungsmäßig gebildete Vorstand besteht aus folgenden Personen:

1. Dr. Carl Dorn, Geheimer Justizrath, Rechtsanwalt beim Reichsgericht zu Leipzig, Vorsitzender,
2. Emmerich Anschütz, Justizrath, Rechtsanwalt beim Landgericht zu Leipzig, Stellvertreter des Vorsitzenden,
3. Hermann Mecke, Justizrath, Rechtsanwalt beim Reichsgericht zu Leipzig, Schriftführer,
4. Oscar Oehme, Justizrath, Rechtsanwalt beim Landgericht zu Leipzig, Stellvertreter des Schriftführers,
5. Dr. Louis Seelig, Rechtsanwalt beim Reichsgericht zu Leipzig, Schatzmeister,
6. Heinrich Julius Roßbach, Rechtsanwalt beim Landgericht zu Leipzig, Stellvertreter des Schatzmeisters,
7. Carl Steinbach, Geheimer Justizrath, Rechtsanwalt beim Landgericht zu Magdeburg,
8. Gottfried Fenner, Justizrath, Rechtsanwalt beim Reichsgericht zu Leipzig,
9. Adolf v. Auer, Justizrath, Rechtsanwalt bei dem Obersten Landesgericht, dem Oberlandesgericht und den Landgerichten zu München,
10. Leopold Löwenstein I., Rechtsanwalt bei dem Oberlandesgericht zu Stuttgart,
11. Max Böckh, Rechtsanwalt bei dem Oberlandesgericht zu Karlsruhe,
12. Julius Erytheopel, Rechtsanwalt bei dem Reichsgericht zu Leipzig.

Leipzig, den 24. September 1888.

Dr. Dorn,	Mecke,	Dr. Seelig,
Geheimer Justizrath, Vorsitzender.	Justizrath, Schriftführer.	Rechtsanwalt, Schatzmeister.

In der am 23. September 1888 zu Leipzig stattgehabten Generalversammlung der Hülfskasse für Deutsche Rechtsanwälte wurde der nachfolgende Geschäfts- und Kassenbericht genehmigt und dem Vorstande Entlastung ertheilt. Zu Rechnungsrevisoren wurden für das folgende Geschäftsjahr gewählt die Herren Rechtsanwälte Tscharmann und Justizrath Conrad Hoffmann zu Leipzig. Die ausscheidenden Vorstandsmitglieder Fenner, Steinbach, Böckh, Dr. Dorn wurden wiedergewählt. An Stelle des wegen Niederlegung der Rechtsanwaltschaft ausscheidenden Vorstandsmitgliedes Justizrath Stegemann zu Leipzig wurde der Rechtsanwalt Erytheopel gewählt, und als nächster Versammlungsort Leipzig mit der Maßgabe bestimmt, daß, falls im September 1889 ein Anwalts- oder Juristentag stattfinden sollte, der Vorstand ermächtigt sein soll, die Generalversammlung nach dem deutschen Orte, an welchem der Anwaltstag oder Juristentag abgehalten wird, zu berufen.

Bericht über das mit dem 30. Juni 1888 abgeschlossene vierte Verwaltungsjahr der Hülfskasse für deutsche Rechtsanwälte.

Die Entwickelung der Hülfskasse ist auch im vierten Verwaltungsjahre befriedigend fortgeschritten.

Die Mitgliederliste ergiebt für den 30. Juni 1888 eine Gesammtzahl von 3 124 gegen 2 958 im Vorjahre. Ausweislich der nachfolgenden Darstellung des Schatzmeisters hat sich der Kapitalgrundstock von 108 093,44 Mark auf 140 707,02 Mark erhöht. Die Anlagen erfolgten in preußischen 4- und 3½ prozentigen Consols und königlich sächsischer 3 prozentiger Rente unter Einschreibung in die bezüglichen Staatsschuldbücher. Der für das fünfte Verwaltungsjahr vorhandene Unterstützungsfond beläuft sich auf . . . . 28 031,85 Mark

Es ist bereits verfügt über . . . . 7 821 „

bleiben zur Verfügung . . 20 210,85 Mark.

Es hat nur eine Generalversammlung und zwar am 11. September 1887 zu München stattgefunden. In dieser wurde der Geschäftsbericht und die Jahresrechnung genehmigt und wurde dem Vorstande Entlastung ertheilt. Die satzungsmäßig ausscheidenden Mitglieder des Vorstandes und die bisherigen Rechnungsrevisoren, Rechtsanwälte Justizrath Conrad Hoffmann und Tscharmann zu Leipzig wurden wiedergewählt. Als nächster Versammlungsort wurde Leipzig gewählt, der Vorstand jedoch ermächtigt, geeigneten Falls die Versammlung nach dem deutschen Orte zu berufen, an welchem ein Juristentag oder Anwaltstag abgehalten werden würde. Unter Abänderung

der Satzungen wurde als Zahlungszeit für die Jahresbeiträge der Monat April bestimmt. Alle am 1. Mai nicht eingegangenen Beiträge sollen durch Postnachnahme erhoben werden. Die Bestimmung des § 8 der Satzungen, daß über die Verhandlung jeder Generalversammlung in der Regel ein notarielles Protokoll aufgenommen werden solle, wurde gestrichen. Die Eintragung der Abänderungen im Genossenschaftsregister ist erfolgt.

Der **Vorstand** hat eine Sitzung in München gehalten, in welcher über eine Anzahl Unterstützungsgesuche entschieden wurde. Die übrigen Vorstandsgeschäfte wurden durch Rundschreiben ohne besonderen Zeitverlust erledigt.

Die **Vertrauensmänner** haben sich von Neuem um die Kasse verdient gemacht. Zu ihren gewöhnlichen Geschäften sind weitere hinzugetreten. So segensreich auch die Kasse durch Unterstützungen wirkt, so glaubt doch der Vorstand das dem Unternehmen gesteckte Endziel unablässig im Auge behalten zu müssen. Es sind deshalb die Vertrauensmänner gebeten worden, die Stimmung der Rechtsanwälte ihres Bezirks in Bezug auf die Gründung einer Ruhegehalts-, Wittwen- und Waisenkasse **mit Zwangsbeitritt** für die deutschen Rechtsanwälte zu ermitteln. Für eine solche haben sich ausgesprochen die Rechtsanwälte beim Reichsgericht, bei den Landgerichten Bamberg, Würzburg, Beuthen, Brieg, Stade, Verden, Bonn, Coblenz, Saargemünd, Freiberg i. S., Zwickau, Paderborn, Konstanz, Marienwerder, Konitz, Bromberg, Lissa, Posen, Cöslin. Getheilter Ansicht ist man in den Bezirken Essen und Traunstein. Dagegen haben sich erklärt die Bezirke Liegnitz, Schweidnitz, Hannover, Hildesheim, Lüneburg, Mülhausen i. E., Straßburg i. E., Jena, Gera, Königsberg i. Pr., Stargard, Frankenthal. Weitere Nachrichten sind nicht eingegangen. Bei dieser Sachlage wird für die nächste Zeit von bestimmten Schritten zur Gründung von Kassen der gedachten Art abzusehen sein. Es kommt hinzu, daß der Kapitalgrundstock, so achtungswerth seine Höhe in Anbetracht der kurzen seit Gründung der Kasse verflossenen Zeit auch ist, bei Weitem noch nicht hinreicht, um die ihm zufallende Aufgabe zu lösen, nämlich als Rücklage für außerordentliche Fälle zu dienen und mit Hülfe seiner Zinsen die Jahresbeiträge auch für solche Rechtsanwälte mäßig zu gestalten, welche nach ihrem Alter einen sehr hohen Kaufpreis für eine entsprechende Alters- oder Wittwenrente zahlen müßten. Freilich wird von Sachverständigen auf dem Gebiete des Lebensversicherungswesens behauptet, es sei zweckmäßiger, mit der Gründung der Kassen alsbald vorzugehen und lieber den Theilnehmern hohe Jahresbeiträge bis zur Erreichung des Beharrungszustandes anzusinnen, als für lange Zeit den Rechtsanwälten die Vortheile der Kassen zu verschließen. Auch vertreten Sachverständige die Ansicht, eine sichere rechnerische Grundlage sei durch statistische Ermittelungen niemals, vielmehr lediglich durch die Erfahrung zu gewinnen. Indessen so richtig auch diese Behauptungen sein mögen, so ist doch ebenso gewiß, daß weder die deutsche Rechtsanwaltschaft noch die verbündeten Regierungen, welche bei der Einrichtung einer das ganze Reich oder das deutsche Reich mit Ausnahme des Königsreichs Bayern, überspannenden das entscheidende Wort zu sprechen hätten, einem Wagniß zustimmen würden. Es muß deßhalb für die nächsten Jahre bei den jetzigen Einrichtungen der Kasse verbleiben. Sollte durch erhebliche Zuwendungen großherziger Kollegen oder durch die Willfährigkeit der verbündeten Regierungen, der deutschen Rechtsanwaltschaft eine Entschädigung für die Gebührenausfälle in Armensachen durch Leistung von Beihülfen an die bestehende Kasse der Kapitalgrundstock eine beträchtliche Leistungsfähigkeit erlangen, so kann die Durchführung des Endziels von Neuem in Betracht gezogen werden. Der Bescheid des Bundesrathes auf die im vorigen Jahresberichte erwähnte Eingabe steht indessen noch aus und es fehlt jeglicher Anhaltpunkt dafür, daß **alsbald** durch die erbetene staatliche Ersatzleistung der Kasse eine Kräftigung zutheil werde. Um Nichts zu versäumen sollen aber auch inzwischen statistische Grundlagen beschafft werden. Den Vertrauensmännern sind unter Zuziehung von Sachverständigen entworfene statistische Formulare zugetheilt, welche am Jahresschlusse auszufüllen und über die Zahl und näheren Umstände der Todes- und Dienstunfähigkeitsfälle im Bereiche der deutschen Rechtsanwaltschaft Auskunft zu geben bestimmt sind.

Die Kasse erfreut sich nach wie vor der wirksamen Unterstützung der **Anwaltskammern**. Es haben im abgelaufenen Geschäftsjahre der Kasse zugewendet die Anwaltskammern:

Augsburg	200	Mark
Bamberg	300	"
Berlin	3 000	"
Breslau	1 000	"
Celle	1 000	"
Cöln	1 000	"
Darmstadt	300	"
Dresden	1 000	"
Hamm	1 000	"
Kassel	500	"
Karlsruhe	1 200	"
Kiel	1 000	"
Marienwerder	1 500	"
München	500	"
Naumburg	500	"
Oldenburg	100	"
Posen	500	"
Rostock	300	"
Stettin	600	"
Stuttgart	1 000	"
Zweibrücken	100	"
	16 600	Mark.

Für das folgende Geschäftsjahr ist auch eine Beihülfe aus der von dem Vorstande des deutschen Anwaltvereins ins Leben gerufenen Zeitschrift „Gutachten aus dem Anwaltstande über den Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs“ zu erhoffen. Die Bestellungen sind zahlreich eingegangen und es ist zu erwarten, daß eine Anzahl Wittwen und Waisen von Standesgenossen durch die selbstlose Arbeit der Kollegen, welche an der mühevollen Arbeit mitzuwirken, sich bereit erklärt haben, Trost und Hülfe finden werden.

An Geschenken sind eingegangen 3 030,62 Mark. Besonders zu erwähnen ist eine Zuwendung von 1 000 Mark Seitens eines Rechtsanwalts, der nicht genannt und dem hier der gebührende Dank auszusprechen ist. Wir hoffen, daß auch das nächste Geschäftsjahr zahlreiche Zuwendungen von Seiten der Kollegen zu verzeichnen haben wird. Dabei machen wir darauf aufmerksam, daß Spenden, welche dem Unterstützungsfond zu-

fließen sollen, dies ausdrücklich besagen müssen. Wir empfehlen solche Spenden in Anbetracht des stets wachsenden Bedürfnisses an Unterstützungen.

Die Steigerung des Bedürfnisses, hervorgerufen durch die Nothwendigkeit wiederholter Bewilligungen, hat auch im Schoße des Vorstandes eine Erörterung darüber hervorgerufen, wie es zu halten sei, wenn der Unterstützungsfond zur Deckung des Bedürfnisses dauernd nicht ausreiche. Es wurden verschiedene Möglichkeiten in Betracht gezogen. Als der einfachste, aber am wenigsten befriedigende Weg wurde derjenige erkannt, in einzelnen Jahren die Unterstützung solcher Personen, welche noch Vermögen besitzen, auszusetzen, nur über den Jahresfond zu verfügen und die weiteren Bedürftigen, welche zunächst nicht berücksichtigt werden konnten, vorzumerken. Ein anderer Ausweg wäre, in einzelnen Jahren die Zinsen des Kapitalgrundstocks, was rechtlich für zulässig zu erachten sein dürfte, zu Hülfe zu nehmen. Ein drittes Mittel wäre, in einem einzelnen Jahre die vermögenderen Kollegen zu veranlassen, dem Unterstützungsfond eine einmalige Beihülfe von 5 bis 10 Mark zuzuwenden. Der Vorstand hat beschlossen, die Frage für jetzt auf sich beruhen zu lassen und weitere Erfahrungen zu sammeln.

Das Geschäftsjahr 1887/88 hat 4 schwebende Unterstützungsfälle übernommen. Die Zahl der neu anhängig gemachten Gesuche beträgt 44, davon sind abgelehnt 3, zurückgezogen 1, im Prüfungsverfahren befindlich 14, bewilligt 30. Die Gesammtsumme der Bewilligungen beträgt 8 264 Mark.

Bewilligungen erfolgten an Rechtsanwälte im Dienst in 4, an ausgeschiedene Rechtsanwälte in 3, an Familien von Rechtsanwälten in 2, an Wittwen und Kinder in 16, an Kinder in 5 Fällen.

Wiederholte Bewilligungen haben stattgefunden an Rechtsanwälte im Dienst bezw. deren Familien in 4, an ausgeschiedene Rechtsanwälte bezw. deren Familien in 7, an Wittwen und Kinder in 46, an Kinder in 5 Fällen. Die Gesammtsumme der wiederholten Bewilligungen beträgt 16 000 Mark. Zum dritten Male sind Bewilligungen erfolgt in 33 Fällen mit zusammen 7 640 Mark. Zum vierten Male erfolgte Bewilligungen in 3 Fällen mit zusammen 600 Mark. Die Zahlungen erfolgen zumeist vierteljährlich oder monatlich, in einzelnen Fällen ist die Verwendung in das Ermessen der Vertrauensmänner gestellt.

Es vertheilen sich am 1. Juli 1887 die anhängig gewesenen Unterstützungsfälle nach Oberlandesgerichtsbezirken, wie folgt:

Augsburg	1	Kiel	2
Bamberg	1	Königsberg	6
Berlin	10	Marienwerder	6
Breslau	10	München	5
Cassel	5	Naumburg	9
Celle	13	Nürnberg	1
Cöln	1	Posen	10
Darmstadt	4	Rostock	2
Dresden	11	Stettin	5
Jena	5	Stuttgart	5
Karlsruhe	1	Reichsgericht	1

Für die neu hinzugekommenen Unterstützungsfälle ist das Verhältniß das Folgende:

Augsburg	2	Cassel	1
Berlin	2	Celle	3
Breslau	6	Cöln	2
Darmstadt	2	Marienwerder	4
Dresden	5	München	1
Frankfurt	1	Naumburg	1
Hamm	3	Posen	3
Karlsruhe	1	Rostock	3
Kiel	1	Stuttgart	2
Königsberg	1		

Der Summe nach entfallen an Unterstützungen im abgelaufenen Geschäftsjahr auf:

Reichsgericht	500	Mark	Jena	200	Mark
Augsburg	890	"	Karlsruhe	300	"
Bamberg	600	"	Kiel	300	"
Berlin	1 880	"	Königsberg	1 500	"
Breslau	1 630	"	Marienwerder	1 600	"
Cassel	440	"	München	800	"
Celle	2 970	"	Naumburg	400	"
Cöln	800	"	Posen	2 410	"
Darmstadt	1 040	"	Rostock	700	"
Dresden	2 170	"	Stettin	900	"
Frankfurt a. M.	180	"	Stuttgart	1 550	"
Hamm	504	"			

Ueber die Unterstützungsgesuche sind genaue vertrauliche Berichte erstattet, welche den Justizverwaltungen, Vertrauensmännern und den Vorständen der Anwaltskammern übergeben werden. Die Berichte sind überaus lehrreich. Ihr Inhalt enthält eine ernste Mahnung für jeden deutschen Anwalt zur Sparsamkeit in rechter Zeit und nachdrücklicher Unterstützung unseres segensreichen Unternehmens.

Mecke.

Jahresrechnung

der

Hülfskasse für deutsche Rechtsanwälte auf die Zeit vom 1. Juli 1887 bis 30. Juni 1888.

A. Cassa-Conto.

Einnahme.

1. Baarbestand am 1. Juli 1887	1 392 ℳ	70 ₰
2. Von der Allgem. Deutschen Creditanstalt erhoben	8 500 "	— "
3. Erlös von Werthpapieren des Unterstützungsfonds	19 185 "	25 "
4. Schenkungen		
a) für den Kapitalgrundstock	2 685 "	62 "
b) für den Unterstützungsfond	355 "	— "
5. Beihülfen der Anwaltskammern	16 600 "	— "
6. Mitgliederbeiträge	32 540 "	— "
7. Zinsen		
a) für den Kapitalgrundstock	3 838 "	— "
b) für den Unterstützungsfonds	507 "	05 "
c) für das Jahresconto	740 "	79 "
8. Erstattetes Porto	1 "	50 "
Summa	86 345 ℳ	91 ₰

Ausgabe.

1. Unterstützungen	23 355 ℳ	50 ₰
2. Zahlung an die Allgem. Deutsche Creditanstalt	10 800 "	— "
Latus	34 155 ℳ	50 ₰

	M	Pf
Transport	34 155	50
3. Ankauf von Werthpapieren:		
a) für den Kapitalgrundstock	6 602	85
b) für das Jahresconto	41 762	60
4. Ausgaben an Drucksachen, Insertionsgebühren, Schreiblöhne, Porto	1 711	97
5. Rückzahlung zuviel eingelieferter Jahresbeiträge	40	—
6. Bestand	2 072	99
Summa	86 345	91

B. Unterstützungs-Fonds.

Einnahme.

	M	Pf
1. Bestand am 1. Juli 1887	7 081	26
2. Erlös von Werthpapieren	19 185	25
3. Schenkungen	355	—
4. Zinsen	507	05
Summa	27 128	56

Ausgabe.

	M	Pf
1. Unterstützungen	23 355	50
2. Baar und Guthaben bei der Allgem. Deutschen Creditanstalt	3 773	06
Summa	27 128	56

C. Kapitalgrundstock-Conto.

Einnahme.

	M	Pf
1. Schenkungen	2 685	62
2. Zinsen	3 838	—
3. Bestand am 1. Juli 1887	311	44
Summa	6 835	06

Ausgabe.

	M	Pf
1. Ankauf von Werthpapieren	6 602	85
2. Baar und Guthaben bei der Allgem. Deutschen Creditanstalt	232	21
Summa	6 835	06

D. Jahres-Conto.

Einnahme.

	M	Pf
1. Beihülfen der Anwaltskammern	16 600	—
2. Mitgliederbeiträge	32 540	—
3. Zinsen	740	79
4. Erstattetes Porto	1	50
Summa	49 882	29

Ausgabe.

	M	Pf
1. Ankauf von 17 600 Mark 3½ und 4% Consols und von 22 000 Mark sächs. Rente	41 762	60
2. Ausgaben (s. A. Nr. 4)	1 711	97
3. Rückzahlung von Beiträgen	40	—
4. Baar und Guthaben bei der Allgem. Deutschen Kreditanstalt	6 367	72
Summa	49 882	29

E. Vergleichung.

a.

	M	Pf
Bestand des Unterstützungsfonds	3 773	06
„ „ Kapitalgrundstocks	232	21
„ „ Jahres-Conto	6 367	72
Summa	10 372	99

b.

	M	Pf
1. Baar	2 072	99
2. Guthaben bei der Allgemeinen Deutschen Creditanstalt	8 300	—
Summa	10 372	99

F. Berechnung

über

den nach § 3 Abs. 2 der Satzungen zwischen dem Kapitalgrundstock zu Gründung der allgemeinen Ruhegehaltskasse für deutsche Rechtsanwälte und dem Unterstützungsfonds für den 1. Juli 1888 bis 30. Juni 1889 je zur Hälfte zu theilenden Betrag der Jahreseinnahmen.

	M	Pf
500 Mark 3% sächs. Rente von 1876 à 93,25	466	25
17 000 Mark 3% sächs. Rente von 1876 à 92,95	15 801	50
500 Mark 3% sächs. Rente von 1878 à 93,25	466	25
Zinsen vom 1. April bis 30. Juni	3	75
7 000 Mark 3% sächs. Rente von 1878 à 92,95	6 506	50
Zinsen vom 1. April bis 30. Juni	52	50
2 000 Mark preuß. 3½% kons. Anleihe à 103,80	2 076	—
Zinsen vom 1. April bis 30. Juni	17	50
5 200 Mark preuß. 4% kons. Anleihe à 107,10	5 569	20
Zinsen vom 1. April bis 30. Juni	52	—
10 400 Mark preuß. 4% kons. Anleihe à 107,10	11 138	40
Baar und Guthaben bei der Allgemeinen Deutschen Creditanstalt	6 367	72
Summa	48 517	57

Hiervon erhält:

	M	Pf
1. der Kapitalgrundstock ½, nämlich:		
2 000 Mark preuß. 3½% kons. Anleihe	2 076	—
Zinsen davon	17	50
5 200 Mark preuß. 4% kons. Anleihe	5 569	20
Zinsen davon	52	—
500 Mark 3% sächs. Rente von 1878	466	25
Zinsen davon	3	75
7 000 Mark 3% sächs. Rente von 1878	6 506	50
Zinsen davon	52	50
500 Mark 3% sächs. Rente von 1876	466	25
10 000 Mark 3% sächs. Rente von 1876	9 295	—
Summa	24 504	95
an den Unterstützungsfonds zu zahlen	246	17
Summa	24 258	78

2. der Unterstützungsfonds:

	ℳ	₰
10 400 Mark preuß. 4% konf. Anleihe à 107,10	11 138	40
7 000 Mark sächs. 3% Rente von 1876	6 506	50
Baar und Guthaben bei der Allgemeinen Deutschen Creditanstalt	6 367	72
Ueberwiesen vom Kapitalgrundstock (oben C. Ausgabe 2)	232	21
Guthaben an den Kapitalgrundstock	13	96
Summa	24 258	79

G. Uebersicht

über den Stand des Kapitalgrundstocks am 30. Juni 1888.

	ℳ	₰
1. laut Uebersicht vom Juni 1887:		
68 000 Mark 3% sächs. Rente à 92,95	63 206	—
Zinsen von 28 000 Mark vom 1. April bis 30. Juni	210	—
40 200 Mark 4% konf. Anleihe à 107,10	43 054	20
2 800 Mark desgleichen	2 998	80
Zinsen vom 1. April bis 30. Juni	28	—
2. Ankauf im 4. Geschäftsjahr:		
500 Mark 3% sächs. Rente à 93,25	466	25
500 Mark desgleichen	466	25
Zinsen vom 1. April bis 30. Juni	3	75
3 000 Mark 3% sächs. Rente à 92,95	2 788	50
Zinsen vom 1. April bis 30. Juni	22	50
1 300 Mark 3½% preuß. konf. Anleihe à 103,80	1 349	40
Zinsen vom 1. April bis 30. Juni	11	38
500 Mark 4% preuß. konf. Anleihe	535	50
Zinsen vom 1. April bis 30. Juni	5	—
1 000 Mark 4% preuß. konf. Anleihe	1 071	—
3. Ueberweisung nach F. (w. oben):		
2000 Mark preuß. 3½% konf. Anleihe	2 076	—
Zinsen vom 1. April bis 30. Juni	17	50
5 200 Mark preuß. 4% konf. Anleihe	5 569	20
Zinsen vom 1. April bis 30. Juni	52	—
500 Mark sächs. 3% Rente von 1878	466	25
Zinsen	3	75
7000 Mark sächs. 3% Rente von 1878	6 506	50
Zinsen	52	—
500 Mark sächs. 3% Rente von 1876	466	25
10 000 Mark desgleichen	9 295	—
Summa	140 720	98
ab Guthaben des Unterstützungsfonds	13	96
Summa	140 707	02

Anmerkung. Die hiernach vorhandenen 90 000 Mark sächs. 3% Rente, 3 300 Mark 3½% und 49 700 Mark 4% preuß. konf. Anleihe sind in das sächsische, bezw. preußische Staatsschuldbuch eingetragen.

H. Zu Unterstützungszwecken

auf die Zeit vom 1. Juli 1888 bis 30. Juni 1889 sind verfügbar:

	ℳ	₰
1. Uebertrag (vgl. die Ausgabe bei B. 2)	3 773	06
2. In Werthpapieren (oben unter F.)	17 644	90
Latus	21 417	96
Transport	21 417	96
3. Baar und bei der Allgem. Deutschen Kreditanstalt	6 599	93
4. Guthaben an den Kapitalgrundstock	13	96
Summa	28 031	85

Anmerkung. Durch vor dem 30. Juni 1888 erfolgte Bewilligung ist über den Betrag von 7 821 Mark bereits verfügt.

Leipzig, am 30. Juni 1888.

Dr. Seelig.

Aus der Praxis.

Die nachstehenden Bemerkungen haben nicht den Zweck, etwaige Mängel des bestehenden Rechtes hervorzuheben und auf Grund der in dem Aufsatze geäußerten Wahrnehmungen eine Aenderung des Gesetzes zu veranlassen. Wie überhaupt die so oft gehörte Bemerkung, diese oder jene gesetzliche Vorschrift habe sich bewährt oder nicht bewährt, doch nur dann eine größere Tragweite haben kann, wenn sie auf dem Boden von statistischen Zusammenstellungen oder auf dem Grunde einer großen Anzahl von Belegen, die nachgeprüft werden können, gemacht wurde, so können auch die Erfahrungen eines Anwalts aus der Praxis nur einen untergeordneten Werth beanspruchen. Nicht bloß, weil der Wirkungskreis eines Anwaltes ein verhältnißmäßig beschränkter ist, sondern auch deshalb, weil unter der Einwirkung einer Reihe fremder Momente, das gegebene Gesetz sich bei den verschiedenen Gerichten oft verschieden ausnimmt. Ist doch schon jene Bestimmung unserer Prozeßordnung, welche die Revisionszulässigkeit von der Höhe des Streitbetrages abhängig macht, eine keineswegs zu unterschätzende Ursache, daß die Einheit des geschriebenen Rechtes zu einer Vielfältigkeit der angewendeten Gesetze sich häufig genug umgestaltet. Bei der Mannigfaltigkeit der praktischen Anwendung ist indessen die Erwähnung, wie diese oder jene Vorschrift da und dort in der Rechtspflege und auf dieselbe gewirkt habe, nicht ohne Nutzen, wenn auch, ich wiederhole es, nur die Uebereinstimmung vieler solcher Erfahrungen aus den verschiedensten Gegenden, aus Stadt und Land einen Maßstab dafür abgeben können, ob ein Gesetz sich erprobt habe oder nicht. —

Lassen Sie mich mit einigen Bemerkungen über die Konkursordnung beginnen (denen später andere folgen sollen), weil gerade dieses Gesetz nach verschiedenen Richtungen hin eine eigenthümliche Stellung in unserer Gesetzgebung einnimmt, indem es neue Einrichtungen geschaffen hat, dem Laien eine gewisse Thätigkeit dabei einräumt und die richterliche Thätigkeit zum Theile auf eine Weise beschäftigt, die zwar mit der Urtheilsfällung nichts zu thun hat, doch auch nicht zur freiwilligen Gerichtsbarkeit gehört. —

Mancher Anwalt wird nun die Erfahrung gemacht haben, daß zumal in kleineren Städten oder auf dem Lande diese gesetzliche Vertheilung der Aufgabe eines früheren Konkursgerichtes zu allerlei Verlegenheiten, ich will kein anderes Wort gebrauchen, Veranlassung giebt. Versteht doch die große Masse nicht einmal die Thatsache, daß auch ein Unbetheiligter, der keine Forderung in dem Konkurs zu erheben hat, in den Gläubigerausschuß ge-

wählt werden kann, und eine ziemliche Zahl von Konkursverwaltern wird mir beistimmen, daß trotz allen Ausschreibens die Anmeldung der Forderungen, die Geltendmachung des Absonderungs- und Aussonderungsrechts nicht richtig gehandhabt wird. Bald wird bei dem Konkursverwalter statt bei dem Konkursgerichte liquidirt, so daß der Konkursverwalter, wenn die Liquidanten nicht in Schaden kommen sollen, den betreffenden Gläubiger darauf aufmerksam machen muß, wo er zu liquidiren habe, bald wird das Absonderungsrecht beim Konkursverwalter in Anspruch genommen und dann wieder das Aussonderungsrecht dagegen beim Gerichte. Der großen Masse des Volkes sind schon die Bezeichnungen zu künstlich und in derselben Information trotz gehöriger ausführlicher Belehrung verwechselt der Mandant fortwährend Absonderung und Aussonderung und gebraucht denselben Ausdruck bald für das eine, bald für das andere Recht. Ebenso schüttelt er, ich wiederhole es, halb ungläubig den Kopf, wenn man ihm versichert, er dürfe in den Gläubigerausschuß einen Mann wählen, der kein Gläubiger ist. Und mit dieser Unkenntniß der gegebenen Vorschriften tritt dann auch oft genug der Gläubigerausschuß zusammen; ist der Konkursverwalter ein Anwalt oder wenigstens ein Gerichtsvollzieher — und in der Regel fällt die Wahl in diesem Sinne aus — dann hat er eben Alles in Händen und der Ausschuß sinkt zuweilen zu einem Kollegium von Jasherren herunter. Ist aber auch der Konkursverwalter unbekannt mit den ja keineswegs einfachen Vorschriften der Konkursordnung, dann ist man vollständig rathlos und erholt sich vorher oder nachher anderswo Rath, statt aus eigenem Wissen und nach eigener Ueberzeugung Beschluß zu fassen. Es ist ja richtig, daß Ausnahmen vorkommen, insbesondere, wenn verständige Kaufleute in den Gläubigerausschuß gewählt worden sind, allein man überblicke doch einmal die Zahl der Konkurse, die auf dem flachen Lande oder in geringeren Mittel- und Landstädtchen vorkommen, und man wird in mancher Gegend des Deutschen Reichs finden, daß die kaufmännischen Konkurse gegen jene, in welchen „Handscheine", Gewerbsschulden und Darlehen zur Zahlungseinstellung brachten, bedeutend in der Minderzahl sind. Nun ist aber noch ein anderes Moment vorliegend, welches mit dem Zwecke, den die treffenden Vorschriften haben, deshalb nicht in Einklang zu bringen ist, weil es die Konkurskosten bedeutend vermehrt. Ganz abgesehen von den gewöhnlichen Kosten des Konkursverwalters und des Gläubigerausschusses sind die geeigneten Persönlichkeiten nicht immer an dem Orte, wo die Sitzungen stattzufinden haben, aufzutreiben. Entweder man überläßt dann dem Konkursverwalter so Manches, was besser in der Sitzung besprochen worden wäre und beschließt durch Umlaufschreiben, oder es werden die Massekosten durch die Reisekosten ansehnlich vergrößert. —

Gehe ich nun zur Besprechung der Befugnisse des Konkursverwalters und des Gläubigerausschusses über. Der Konkursverwalter ist nach unserem Gesetze unmittelbar Vertreter der Gläubigerschaft und mittelbar Vertreter des Gemeinschuldners und diese Vereinigung von zuweilen kollidirenden Interessen begründen die Motive mit der idealen Auffassung, daß das wohlverstandene Interesse der Gläubiger mit dem eines redlichen Schuldners zusammenfalle. Ich betrachte es hier nicht als meine Aufgabe, auf die verschiedenen Theorien einzugehen, welche infolge dieser Vereinigung, von den Kommentaren aufgestellt worden sind. Nur darauf will ich hinweisen, daß ein Gesetz, dessen Ausübung auch von Laien zu bethätigen ist, vielleicht doch Bedenken gegen sich hat, wenn es gerade in der Vorschrift, die von Laien zur Anwendung zu bringen ist, zu einer solchen Verschiedenheit der Auffassungen führt. Dieser Verschiedenheit in der Auffassung der Juristen steht nun die Verschiedenheit in der Auffassung der Laien auffallend zur Seite. Mancher Konkursverwalter hält es, dabei vollständig gewissenhaft, für seine Aufgabe, den Gläubigern zu helfen, der andere stellt sich vollständig auf den Standpunkt des Schuldners, und in der That wird es selbst erfahrenen, sorgfältig abwägenden Juristen manchmal schwer, den Weg zu zeigen, der in einem bestehenden Konflikt zwischen der Masse und dem Gemeinschuldner einzuschlagen ist. Zwar sprechen die Motive von einem wohlverstandenen Interesse der Gläubiger, aber Gläubiger und Schuldner werden im besten Glauben manchmal verschiedener Ansicht darüber sein, welches ihr wohlverstandenes Interesse sei. Denken wir nur an die nicht seltenen Fälle, wenn der Konkursverwalter in einem Civilprozesse den Gemeinschuldner als Zeugen gegen sich sieht, oder an den Fall, wo es sich zwischen den Gläubigern und dem Gemeinschuldner, sowie dritten Personen um den Rechtsbestand eines Vorausbefriedigungsaktes handelt. Blicken wir weiter auf die gesetzlich zugewiesenen Geschäftssphären, so nimmt sich die kontrolirende Thätigkeit des Gläubigerausschusses in der Praxis auch anders aus als im Gesetzbuche, einmal deshalb, weil solche Kontrolhandlungen zumeist viele Zeit in Anspruch nehmen und dann, weil gewisse Rücksichten unwillkürlich sich geltend machen. Die im § 125 der Konkursordnung gegebene **Ausnahmsgestattung** wird in der **Regel** von der Gläubigerversammlung ertheilt. Welche Sachkenntniß und Umsicht bei Beschlüssen in Fällen der §§ 118 Abs. 2, 122 und 123 der Konkursordnung erforderlich sei, bedarf ja keiner Erwähnung, ganz abgesehen von den Fällen, die sich ja auch ereignen können, daß ein Mitglied des Gläubigerausschusses bei derartigen Berathungen und Beschlüssen sein Interesse als Gläubiger (z. B. wenn ein Konkurrent im Gläubigerausschuß sitzt oder umgekehrt, wenn ein bisheriger Lieferant, der sich seine Kundschaft erhalten will, Ausschußmitglied ist), im Auge hat. Es ist die Beschlußfassung bei solchen Angelegenheiten des Konkursverfahrens sehr oft eine große Verlegenheit für die Abstimmenden; selbst dann wenn auch die endgiltige Entscheidung der Gläubigerversammlung unterbreitet wird, handelt es sich doch häufig um ein Provisorium von großer Tragweite, da der Zusammentritt der Gläubigerversammlung doch erst nach einiger Zeit erfolgt.

Der Zwangsvergleich geht in jenen Theilen Deutschlands, wo er früher nicht einen Zwang gegen die Widersprechenden involvirte, so Manchem: „wider den Mann", allein das prätorische Recht dieser Einrichtung hatte sich in andern Theilen Deutschlands längst eingelebt, so daß man vom Standpunkte der Erfahrung aus über diese Institution nicht mäkeln soll. Aber der Absatz 2 des § 164 erscheint vielleicht als eine halbe Maßregel. Ist einmal die Masse verwerthet, dann hat der Zwangsvergleich für viele Gemeinschuldner seine Bedeutung verloren. Daß die Verhandlung über die Annahme des Zwangsvergleiches manchmal zu einer recht unwürdigen Handelschaft im Gerichtssaale heruntersinke, wenn es sich darum dreht noch einen widersprechenden Gläubiger herum zu bringen, damit der Vergleich zu Stande komme, ist eine Wahrnehmung, die wohl überall

häufig gemacht wird, bei der man sich aber sagen muß, es lasse sich nicht ändern. Wenn der Gläubiger dann mit dem Schuldner auf eine Zeit lang den Gerichtssaal verläßt, allerlei geheime Unterredungen stattfinden, gelangt man manchmal noch zu der Ansicht, der § 168 der K. O. stehe häufig nur auf dem Papier und nicht im Rechtsbewußtsein des Volks, allein auch da heißt es: wie helfen.

Das sind so einzelne Erfahrungen aus der Praxis eines Anwaltes, die nur deshalb veröffentlicht werden, weil sie die Prüfung anregen sollen, ob auch andere Kollegen dieselben Erfahrungen gemacht haben. In großen Städten, zumal in bedeutenden Handelsstädten werden sich selbstverständlich diese Erfahrungen nicht bestätigen, denn dort finden sich die rechten Leute und das rechte Verständniß für das Gesetz. S. H.

Vom Reichsgericht.*)

Wir berichten über die vom 1. August bis 15. September 1888 ausgefertigten Erkenntnisse.

I. Die Reichsjustizgesetze.

Zur Civilprozeßordnung.

1. Der Gerichtsstand des Erfüllungsorts ist von der C.P.O. nicht neu geschaffen, sondern aus dem früheren Recht übernommen und aus der Fassung des § 29 des Gesetzes (wie auch schon des Entwurfs) geht deutlich die Absicht hervor, diesen Gerichtsstand in weitem Umfang anzuerkennen und die bestehenden Controversen demgemäß zu entscheiden. Schon aus diesem Grund erscheint es nicht angezeigt, das Wort „Vertrag" in der Art zu pressen, daß es nur von einer zwischen zwei bestimmten einander direkt gegenüber getretenen Personen auf Entstehung einer Obligation gerichteten Willenseinigung verstanden würde. Insbesondere spricht aber gegen ein solches Verständniß, daß es dem im weiten Gebiet der Order- und Inhaber-Papiere von der theoretischen Auffassung des Einzelnen abhängen würde, ob das Gericht des Zahlungsorts für Klagen aus solchen begründet wäre. Der vorliegende Fall bietet keine Veranlassung, über den ganzen Umfang der Bestimmung des § 29 der C. P. O. sich auszusprechen. Jedenfalls aber ist das Gesetz so aufzufassen, daß durch dasselbe der Gerichtsstand des Erfüllungsorts für eine Klage des Ausstellers gegen den Acceptanten begründet erscheint. I. C. S. i. S. Hirschfeld c. Winkler vom 9. Juli 1888, Nr. 173/88 I.

2. Der erste Angriff des Rkl., nach welchem die Berufung gegen das Endurtheil I. J. darum unzulässig gewesen sein soll, weil dieses Urtheil nur wegen der Entscheidung über die Kosten angegriffen sei, ist unbegründet. Im Endurtheil ist grade über diejenigen Kosten erkannt, welche dem Bekl. mit Bezug darauf auferlegt werden mußten, daß der Bekl. durch das Theilurtheil zur Zahlung des bei weitem größten Theils der eingeklagten Forderung verurtheilt worden war. Das Endurtheil enthält daher soweit nur eine Ergänzung des Theilurtheils in Betreff des Kostenpunkts. Soweit konnte daher, wenn gegen das Theilurtheil wegen der Entscheidung in der Sache selbst Berufung eingelegt war, das Rechtsmittel auch auf die Kostenentscheidung im Endurtheil erstreckt werden. I. C. S. i. S. Koether c. Riemer vom 5. Mai 1888, Nr. 89/88 I.

3. Ein prozessualer Angriff wird daraus entnommen, daß der II. R. bei der Würdigung eines von der Kl. unternommenen Beweises über die Thatsache, daß sie 80 Prozent des von ihr gezeichneten Aktienkapitals effektiv eingezahlt habe, auf die Aussage des in einem anderen Prozesse vernommenen Zeugen X. Gewicht gelegt habe, während X., der gleichzeitig von der Kl. als Zeuge vorgeschlagen, als Zeuge in diesem Prozeß nicht vernommen sei. Das B. G. betrachtet jene frühere Aussage lediglich aus dem Gesichtspunkte des Urkundenbeweises. Dies erscheint auch zulässig, da nicht abzusehen ist, welcher rechtliche Grund den Richter hindern könnte, der Thatsache, daß ein Zeuge in einem anderen Prozesse eine bestimmte Aussage gemacht und beeidigt habe, einen Einfluß auf seine Ueberzeugung zu gestatten. Freilich wird der Richter in solchem Fall die frühere Aussage nicht als gleichwerthig mit einer in dem jetzigen Prozesse gemachten Zeugenaussage behandeln dürfen. Wenn daher die beweispflichtige Partei sich nicht blos auf jene frühere Aussage berufen, sondern gleichzeitig auf die fragliche Person in dem jetzigen Prozesse als Zeugen vorgeschlagen hat, so darf der Richter den letzteren Antrag nicht als einen Antrag auf Reexamination auffassen, dessen Stattgebung von seinem Ermessen abhinge (§ 363 der C. P. O.), und ebensowenig den Antrag deshalb ablehnen, weil er angesichts des Inhalts der bereits früher abgegeben Aussage die Ueberzeugung hat, daß von einer Vernehmung dieses Zeugen ein erhebliches Resultat nicht zu erwarten sei (Entscheidungen des R. G. Bd. IV S. 375 fg.). Eine Ablehnung des Beweisantrags aus solchen oder ähnlichen Gründen würde allerdings der beweispflichtigen Partei ausreichenden Anlaß geben, sich über die Nichtvernehmung des Zeugen zu beschweren. So aber liegt der Fall hier nicht. Der Zeuge X. ist offenbar deshalb nicht vernommen, weil das vorliegende Beweismaterial — wie hier unterstellt wird, mit Einschluß der auf Grund des Urkundenbeweises festgestellten Thatsache, daß der Zeuge X. in jenem früheren Prozesse die fragliche Aussage eidlich gemacht habe — bereits für ausreichend erachtet wurde, um die richterliche Ueberzeugung von der Wahrheit der klägerischen Behauptung zu begründen. Der Gegner des Beweisführers hat aber in der Regel (Ausnahme: § 364 der C. P. O.) kein Recht zur Beschwerde darüber, daß ein vom Beweisführer vorgeschlagener Zeuge nicht vernommen ist. III. C. S. i. S. Landau c. Weimarsche Bank vom 6. Juli 1888, Nr. 30/88 III.

Zum Anfechtungsgesetz.

4. Da es sich im vorliegenden Falle um die Anwendung der Nr. 2 des § 3 des A. G. handelt, so bedarf es für den anfechtenden Gläubiger nicht des Beweises, daß der Schuldner die Absicht gehabt habe, seine Gläubiger zu benachtheiligen. Diese Absicht wird vielmehr vom Gesetze vermuthet, sofern die Benachtheiligung selbst erwiesen ist und der andere Theil nicht den am Schlusse der Nr. 2 erwähnten Entlastungsbeweis erbringt. Die hier ausgesprochene Vermuthung des Gesetzes ist nach dem Sinne desselben auch auf solche Gläubiger zu beziehen, welche erst nach Abschluß des Vertrages ihre Forderungstitel erlangt haben. Wenn die Rkl. einen weiteren rechtlichen Verstoß darin erblicken, daß der B. R. einen nach rheinischem Rechte abgeschlossenen Theilungsvertrag als einen „entgeltlichen"

---

*) Nachdruck ohne Angabe der Quelle verboten.

Vertrag im Sinne der Nr. 2 cit. angesehen habe, so ist nur darauf hinzuweisen, daß nach dem Wortlaut des Gesetzes selbst unter Berücksichtigung des Inhalts der auf die Nr. 2 folgenden Nr. 3 und 4 und nach den Motiven unter „entgeltlicher Vertrag" jeder Vertrag zu verstehen ist, welcher nicht als ein unentgeltlicher erscheint. Daß hiernach auch ein rheinischer Theilungsvertrag unter die entgeltlichen Verträge zu subsumiren ist, kann einem Zweifel nicht unterliegen. Daß aber überhaupt ein solcher Vertrag, auch wenn die Gläubiger bei der Theilung nicht intervenirt sind, den Wirkungen des A. G. unterworfen ist, der Art. 882 des B. G. B. daher nicht mehr zu Recht besteht, ist vom B. R. unter Beziehung auf das reichsgerichtliche Urtheil vom 15. Februar 1887 zutreffend angenommen worden. — Ein fernerer Revisionsangriff hält es für rechtsirrthümlich und dem Sinne des § 7 des A. G. nicht entsprechend, daß der B. R., obgleich er eine Benachtheiligung der Gläubiger nur in der Uebertragung der Mobilien finde, doch den ganzen Vertrag, weil er ein *einheitliches* Rechtsgeschäft sei, den Gläubigern gegenüber für unwirksam erklärt. In dieser Beziehung ist anzuerkennen, daß die Einheitlichkeit des Vertrages und die *Rechtsbeständigkeit* desselben mit Rücksicht auf seine in einem inneren Zusammenhange stehenden Bestimmungen *den Gläubigern gegenüber* nicht in Betracht kommt. Dieser Gesichtspunkt würde nur dann zutreffend erscheinen, wenn unter den Contrahenten selbst über die Gültigkeit des Vertrages zu verhandeln wäre. Aber unter den Contrahenten bleibt der Vertrag überhaupt gültig, und vom Standpunkte der anfechtenden Gläubiger ist nur zu fragen, in wie weit *ihnen gegenüber* vermöge ihres Anfechtungsanspruchs der Akt für *wirkungslos* zu erklären sei. Indessen ist das vom B. R. gezogene Resultat gleichwohl richtig. Die Gläubiger nehmen nicht etwa den einen oder andern bestimmten Vermögenstheil als ihren Schuldnern zukommend und als ihrem Zwangsvollstreckungsrechte unterworfen in Anspruch, sondern sie wollen nur ein Hinderniß beseitigen, um auf Grund des Art. 1166 Namens ihrer Schuldner die Theilung und Feststellung des ihren Schuldnern zukommenden Erbtheils durchzusetzen. Ihr Antrag, dieses Hinderniß zu beseitigen, ist gerechtfertigt, wenn sie beweisen, daß sie in irgend einer Weise, gleichviel in welcher, durch den Theilungsvertrag geschädigt sind. Und diesen Beweis haben die Kl. nach der Feststellung des B. R. erbracht. II. C. S. i. S. Latz c. Bierekoven vom 13. Juli 1888, Nr. 109/88 II.

II. Das Wechselrecht.

5. *Durch die Acceptation* erwirbt der Aussteller gegen den Acceptanten einen Anspruch auf Zahlung der Wechselsumme. Voraussetzung zur Ausübung dieses Rechts ist allerdings das legitimirte Innehaben des Wechsels; gleichgültig aber ist es, ob der Aussteller den Wechsel noch nicht aus der Hand gegeben, oder ob er denselben im Regreßweg eingelöst hat, und es entsteht im letzteren Fall das Recht nicht etwa erst mit der Einlösung (vergleiche Entscheidungen des R. O. H. G. Bd. XXIV Nr. 1 S. 1). I. C. S. i. S. Hirschfeld c. Winkler vom 9. Juli 1888, Nr. 173/88 I.

6. Die Klage aus Art. 83 der W. O. ist eine Klage *aus dem Wechsel*, dieselbe ist beschränkt auf den Umfang der Bereicherung des Ausstellers zum Schaden des Inhabers. Der Anspruch ist „ein *Residuum des Wechselanspruchs*". Der Aussteller „*bleibt* dem Inhaber verpflichtet". Zur Klage legitimirt ist also derjenige, welcher sich durch einen bis auf die Verjährung gültigen Wechsel *als Wechselgläubiger* legitimirt. An diesen Grundsätzen hat das R. O. H. G. konstant festgehalten. Vergleiche namentlich Entscheidungen desselben Bd. VI Nr. 85 S. 384; Bd. VIII Nr. 59 S. 288; Bd. X Nr. 5 S. 45, und das R. G. ist nicht davon abgegangen. Auch bei der Bereicherungsklage muß der Bekl. durch Ausantwortung des Wechsels vor jedem künftigen Anspruch gesichert werden. Mit Recht hat daher das R. O. H. G., Entscheidungen Bd. X Nr. 5 S. 46, verlangt, daß, wenn nicht dargethan wird, daß der angeblich abhanden gekommene Wechsel vernichtet oder daß aus ihm lediglich der Kl. berechtigt sei, die Amortisation des Wechsels zur Begründung der Klage aus Art. 83 erforderlich sei. I. C. S. i. S. Koether c. Riemer vom 5. Mai 1888, Nr. 89/88 I.

III. Das Handelsrecht.

7. Ohne Rechtsirrthum hat der B. R. das Verhältniß zwischen den Parteien als Kommission aufgefaßt. Die beiden vorigen Richter fassen die Klage so auf, daß der Kl. als Kommittent vom Bekl., seinem Kommissionär, Rechenschaftsablage über die für seine Rechnung abgeschlossenen Einkäufe durch Vorlegung der Originalfakturen fordere. Dazu sei er nach Art. 361 des H. G. B. gesetzlich verpflichtet. Es sei diese Forderung aber auch durch die Anerkennung der halbjährlich ertheilten Abrechnungen und des Schlußsaldos nicht erloschen. Der I. R. begründet dies nicht weiter, — der II. R. geht von dem Satz aus, „eine Anerkennung sei zur Tilgung von Forderungsrechten nur in den Fällen geeignet, wo sie als Rechtsgeschäft gewollt war und zum Ausdruck gekommen ist; jede andere thatsächliche Anerkennung binde den Anerkennenden nicht, sie werde höchstens als ein Beweismoment gegen ihn je nach Umständen zu verwerthen sein." Es wird nun weiter ausgeführt, die Gutbringung der Forderung des Käufers oder des Einkaufskommissionärs durch den Verkäufer oder Kommittenten enthalte zwar bis auf Weiteres die Anerkennung derselben, beraube aber den Kommittenten nicht der Möglichkeit, nachträgliche Einwendungen, Ansprüche auf Redhibition oder Preisminderung und dergleichen mehr, wenn sonst deren Voraussetzungen begründet seien, zur Geltung zu bringen mit der Wirkung, daß im Fall des Durchdringens mit derselben ein entsprechender Betrag dem Gegenkontrahenten wieder zu belasten sein werde. Auch der Abschluß des Kontokorrents ändere nichts, denn die Anerkennung treffe nur das Kontokorrentverhältniß als solches, nicht das einzelne in demselben berücksichtigte Geschäft. Dies gelte auch vom Anspruch auf Rechenschaftsertheilung. Diese Auffassung ist insofern richtig als solche Einträge, welche von Anfang an nur als *provisorische* Gutschriften beziehentlich Belastungen gemeint waren (wie namentlich meistens die Einträge der Wechselvaluten) durch die Anerkennung des Saldo nicht alsbald zu *definitiven* Einträgen werden, und als dadurch die Geschäfte, aus welchen Posten eingetragen sind, nicht alsbald nach allen Richtungen hin definitiv regulirt werden. Allein unrichtig ist es, der Anerkennung des Saldos jede Bedeutung für diese Geschäfte abzusprechen. Es ist vielmehr im Einzelnen der Einfluß zu untersuchen, welchen die Anerkennung des Saldos auf jedes Geschäft ausübt. Besteht zwischen Kommittent und Kommissionär ein

Kontokorrentverhältniß, und ist in dem vom Kommissionär dem Kommittenten am Schluß der Kontokorrentperiode vorgelegten Auszug der Betrag, welchen der Kommissionär aus der einzelnen Kommission zu zahlen oder zu empfangen hat, (in einem oder in mehreren einzelnen Posten) eingetragen, so enthält die Anerkennung des Saldos durch den Kommittenten mit logischer Nothwendigkeit die Anerkennung, daß der Kommissionär über die fragliche Kommission Rechenschaft gelegt habe und daß das Resultat dieser Rechenschaftslegung nicht beanstandet worden sei oder nicht beanstandet werde. Durch diese Anerkennung ist nun allerdings nicht jede Konsequenz aus dem Kommissionsverhältniß beseitigt, denn dieses Verhältniß wirkt auch noch über die Rechenschaftslegung hinüber. Es kann kein Zweifel obwalten, daß der Kommittent, wenn er z. B. mit dem Dritten wegen des Kommissionsguts in Streit kommt, vom Kommissionär die Vorlegung auf das Geschäft sich beziehender Papiere, insbesondere auch der Faktura des Dritten verlangen kann. Es ist aber auch kein Grund ersichtlich, warum der Kommittent die Herausgabe nicht auch sollte verlangen können, um die Richtigkeit der Angaben des Kommissionärs *diesem gegenüber* zu prüfen. Aber das Recht auf Edition der betreffenden Urkunden stellt sich *verschieden* dar, je nachdem dasselbe *vor* erfolgter Billigung des Saldos oder *nach* derselben ausgeübt wird. Vor der Billigung des Saldos beziehentlich vor der sonstigen Anerkennung der Rechenschaftslegung hat der Kommissionär die Verpflichtung, *alle* auf das Kommissionsgeschäft bezügliche Urkunden sorgfältig aufzubewahren, ja sogar gewisse derartige Urkunden, soweit sie zu einer ordnungsmäßigen Rechenschaftslegung erforderlich sind, sich zu verschaffen. Diese Verpflichtung wird durch die in der Anerkennung des Saldos liegende Anerkennung, daß bereits Rechenschaft gelegt sei, wenn auch nicht gänzlich beseitigt, so doch wesentlich modificirt. Ist Rechnung gelegt, so kann der Kommissionär nicht *ohne Weiteres* verantwortlich gemacht werden, wenn er eine solche Urkunde sich nicht verschafft hat oder dieselbe nicht mehr besitzt. Es wird vielmehr einer besonderen Untersuchung bedürfen, ob sich der Kommissionär in dieser Beziehung doch einer, selbst unter Berücksichtigung des Umstandes, daß er bereits Rechnung gelegt und die Vorlegung der betreffenden Urkunde nicht gefordert worden ist, immer ungerechtfertigter Nachlässigkeit schuldig gemacht habe, oder ob dies nicht der Fall und er darum dem Verlangen des Kommittenten gegenüber sich einfach mit dem Editionseid schützen kann. I. C. S. i. S. Burk c. Wennmohs vom 2. Mai 1888, Nr. 83/88 I.

IV. Das Gemeine Recht.

8. Außerhalb eines Vertragsverhältnisses vermag allerdings die bloße Unterlassung der Berichtigung eines fremden Irrthums den civilrechtlichen Betrug nicht zu begründen. Aber dies nehmen auch die Vorderrichter nicht an, welche vielmehr — und zwar ganz zutreffend — den Dolus des Bekl. nicht in einer *Verweigerung* der Auskunft, sondern vielmehr gerade darin finden, daß der Bekl. zwar Auskunft ertheilt, dabei aber einen wesentlichen Punkt verschwiegen und in *Verbindung* mit seinem *positiven* Thun den Kl. durch sein Schweigen getäuscht hat. Ebenso ist es für den Rechtsbegriff des Betruges unerheblich, ob man durch die Täuschung für sich selbst oder für einen Dritten einen rechtswidrigen Vortheil zu erreichen bezweckt; ein solcher Zweck wird für den *civilrechtlichen* Betrug überhaupt nicht vorausgesetzt. Vergl. lex 9 § 1, lex 18 § 5, lex 19, 39 und 40 Dig. de dolo (4,3). Voraussetzung des Dolus ist aber allerdings eine *bösliche* Absicht. Diese braucht jedoch nicht *direkt* auf Schädigung eines Dritten gerichtet zu sein, es genügt vielmehr schon das Bewußtsein, daß durch die Täuschung möglicher Weise ein Schaden herbeigeführt werden kann, welcher ohne dieselbe vermieden sein würde. I. C. S. i. S. Söllner c. Beeske vom 11. Juli 1888, Nr. 162/88 I.

V. Einzelne Preußische Gesetze.

Zu den Grundbuchgesetzen.

9. Das B. G. faßt den § 41 des E. E. G. vom 5. Mai 1872 so auf, daß der Erwerber eines Grundstücks, welcher dem Verkäufer gegenüber die auf dem Grundstück haftende Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen hat, dem Gläubiger auch in dem Falle für die Hypothek persönlich verhaftet sei, wenn für den Verkäufer eine persönliche Schuldverbindlichkeit bezüglich der übernommenen Hypothek nicht besteht. Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden. Die Obligation, welche zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber eines belasteten Grundstücks durch die Uebernahme der Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis begründet wird, besteht ihrem Inhalte nach darin, daß der Erwerber an Stelle der ihm dem Veräußerer gegenüber gesetzlich obliegenden Verpflichtung zur Bezahlung des Kaufpreises (A.-L. R. Thl. 1 Tit. 11 §§ 76, 221) die andere übernimmt, den Veräußerer von seiner Schuldverbindlichkeit gegen den Hypothekgläubiger zu befreien und so mittelbar dem Vermögen des Veräußerers durch Entlastung desselben von einer Schuld den entsprechenden Theil des Kaufpreises zuzuführen. Ist der Veräußerer nicht zugleich persönlicher Schuldner des Hypothekgläubigers, so entsteht durch die Uebernahme der Hypothek für den Erwerber als den jetzigen Eigenthümer des Pfandgrundstücks nur die gleiche Verpflichtung, welche dem Veräußerer in dieser Eigenschaft oblag, nämlich zu dulden, daß der Hypothekgläubiger seine Befriedigung aus dem Pfandgrundstücke suche. Da diese Verpflichtung ohne Weiteres, kraft Gesetzes (A. L. R. Thl. I Tit. 20 §§ 53, 54), für den jeweiligen Eigenthümer des Pfandgrundstücks eintritt, so bleibt dem Erwerber in dieser Beziehung zur Erfüllung des Vertrages nichts zu thun übrig. Mit der Veräußerung tritt der Veräußerer aus dem dinglichen Schuldverbande und der Erwerber an dessen Stelle in demselben ein. Ist dagegen der Veräußerer für die Hypothek auch persönlich verhaftet, so hat der Erwerber dafür zu sorgen, daß der Veräußerer von dem Hypothekgläubiger, welchem derselbe auch nach der Veräußerung persönlich mit seinem ganzen Vermögen weiter haftet (A. L. R. Thl. I Tit. 20 § 48), nicht in Anspruch genommen wird. Um diesen Erfolg herbeizuführen, hat der Erwerber den Hypothekgläubiger zu vermögen, den Veräußerer aus seiner persönlichen Schuldverbindlichkeit zu entlassen, und, falls ihm dieses nicht gelingt, durch Befriedigung des Gläubigers die Schuldverbindlichkeit aufzuheben und dadurch auch die Befreiung des Veräußerers zu bewirken. Während also in diesem Falle der Erwerber dem Veräußerer gegenüber mit seinem ganzen Vermögen in die bestehende Schuldverbindlichkeit eintritt, verbleibt es im ersten Falle lediglich bei der Verhaftung des Pfandgrundstücks. Eine *neue* persönliche Verbindlichkeit für die Hypothek wird durch die Uebernahme derselben allein auf Seiten des Erwerbers nicht begründet. Du

nach den Bestimmungen des A. L. R. durch einen Vertrag Rechte und Pflichten nur unter dem Vertragschließenden begründet werden und ein Dritter sogar aus einem zu seinem Vortheile geschlossenen Vertrage nur alsdann ein Recht erlangt, wenn er demselben mit Bewilligung der Kontrahenten beigetreten ist (Thl. 1 Tit. 5 §§ 74 fg.), so erwarb der Hypothekgläubiger unter der Herrschaft des A. L. R. aus dem lediglich zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber geschlossenen Uebernahmevertrage keinerlei Recht. Für ihn änderte sich die Sachlage nicht. Der Veräußerer blieb, falls er es bis dahin war, sein persönlicher Schuldner, zu dem Erwerber trat er in kein persönliches Schuldverhältniß (vergl. Erkenntniß des vormaligen Preußischen Obertribunals aus dem Jahre 1833. Simon und von Strampf's Rechtsprüche Bd. 3 S. 166). An diesem Prinzip hielt auch die Deklaration vom 21. März 1835 (Gesetzsammlung S. 42) fest, indem sie im § 1 bestimmte: „Wer durch speziellen Rechtstitel eine mit Pfand- oder Hypothekenschulden behaftete unbewegliche Sache erwirbt und dabei erklärt, daß er diese Schulden mit übernehme, wird durch eine solche Uebernahme allein dem Gläubiger persönlich nicht verpflichtet, vielmehr bedarf es zu dieser Verpflichtung eines besonderen Vertrages zwischen dem Erwerber und dem Gläubiger." Die Deklaration suchte aber dem praktischen Bedürfnisse dadurch zu Hülfe zu kommen, daß sie im § 3 die Bestimmung hinzufügte: „Wenn jedoch der Erwerber nicht blos die Pfand- und Hypothekenschulden übernimmt, sondern außerdem zu deren Tilgung sich persönlich verpflichtet, so ist der Veräußerer befugt, seinen Anspruch aus diesem Versprechen den Gläubigern abzutreten." Auch hiernach wurde also der Hypothekgläubiger in das zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber durch die Uebernahme begründete Vertragsverhältniß nur dadurch hineingezogen, daß sich entweder der Erwerber dem Gläubiger durch besonderen Vertrag persönlich verpflichtete, oder daß der Veräußerer dem Gläubiger sein Recht, vom Erwerber die Erfüllung der persönlich übernommenen Verbindlichkeit, die Schuld des Veräußerers zu tilgen, abtrat. In beiden Fällen wurde eine persönliche Verpflichtung des Erwerbers zur Tilgung der Hypothekenschuld vorausgesetzt, damit der Gläubiger gegen den Erwerber die persönliche Klage erlangte. Daß der Gläubiger auch in dem Falle, wo der Veräußerer ihm nicht persönlich verhaftet war, die persönliche Klage gegen den Erwerber erlangte, wenn dieser eine persönliche Verpflichtung zur Tilgung, sei es gegenüber dem Gläubiger oder gegenüber dem Veräußerer, nicht besonders übernommen hatte, war hierdurch ausgeschlossen. Der § 41 des E. E. G. vom 5. Mai 1872 bestimmt nun, daß es weder des Beitritts des Hypothekgläubigers zu dem ohne seine Mitwirkung zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber geschlossenen Uebernahmevertrag noch der Cession der dem Veräußerer aus diesem Vertrage gegen den Erwerber erwachsenen Rechte bedarf, um den Gläubiger in die Lage zu bringen, aus dem Uebernahmevertrage an Stelle des Veräußerers Erfüllung das heißt seine Befriedigung vom Erwerber zu verlangen. Dieses Recht erwächst dem Gläubiger gegen den Erwerber lediglich aus der zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber durch den Uebernahmevertrag begründeten Obligation, nicht etwa aus einem unabhängig von dieser ihm gegen den Erwerber entstandenen Forderungsrechte. Die rechtliche Natur jener Obligation kann daher auch dadurch keine Veränderung erlitten haben, daß dem Gläubiger die Befugniß beigelegt ist, aus derselben zu klagen, es sei denn, daß dies im Gesetze ausdrücklich bestimmt wäre. Wenn nun der § 41 des E. E. G., ohne zu unterscheiden, ob der Veräußerer für die Hypothekforderung persönlich verhaftet war oder nicht, bestimmt, daß der Gläubiger in Folge der Uebernahme der Hypothek die *persönliche* Klage gegen den Erwerber erlangt, so hat allerdings die vom B. G. vertretene Ansicht, nach welcher der Gläubiger in allen Fällen die persönliche Klage gegen den Erwerber erlangt, den Schein der Berechtigung für sich. Ist es aber an sich schon höchst unwahrscheinlich und bietet auch die gesetzliche Entwickelung, welche lediglich das Bestreben erkennen läßt, den Gläubiger in die durch den Uebernahmevertrag zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber begründete Obligation hineinzuziehen, keinen Anhalt dafür, daß durch den Uebernahmevertrag eine demselben fremde neue persönliche Verbindlichkeit für den Erwerber erzeugt werden soll, so wird jeder Zweifel darüber, daß im Abs. 1 des E. E. G. nur für den Fall Bestimmung getroffen wird, daß der Uebernahmevertrag eine Hypothek zum Gegenstande hat, welcher eine auch den Veräußerer persönlich bindende Schuldverbindlichkeit zu Grunde liegt, durch den Abs. 2 des § 41 gehoben, in welchem der Weg angegeben wird, auf welchem der Veräußerer von seiner persönlichen Verbindlichkeit frei werden kann, nachdem durch den Uebernahmevertrag der Erwerber als persönlicher Schuldner neben ihn getreten ist. Das B. G. hält zwar den Abs. 2 des § 41 nicht für geeignet, zur Erklärung des im Abs. 1 Bestimmten herangezogen zu werden, weil beide Absätze des § 41, in welchen ganz verschiedene Fragen behandelt werden, in keiner wechselseitigen Beziehung zu einander stehen und deshalb nicht nothwendig zusammen gehören müssen. Die Unhaltbarkeit dieses Grundes leuchtet aber schon aus dem Umstande ein, daß Beides, das Recht des Gläubigers (Abs. 1) und die Befugniß des Veräußerers (Abs. 2) aus einem und demselben Uebernahmevertrage entspringen. Dazu tritt unterstützend die Auffassung, welche nach den Motiven zu § 37 des Entwurfs von 1871 (Ausgabe von Werner Bd. 2 S. 25, 26) bei dem Vorschlage dieser Bestimmung vorgewaltet hat. Es wird dort nämlich ausgeführt, daß für den Gläubiger als Folge des ihm beigelegten unmittelbaren Klagerechts gegen den Unternehmer der Verlust des persönlichen Klagerechts gegen den ursprünglichen Schuldner, das heißt den Veräußerer, festgesetzt ist. Die dem Veräußerer im Abs. 2 gewährte Möglichkeit, von seiner persönlichen Schuldverbindlichkeit frei zu werden, soll einen Ausgleich dafür bilden, daß dem Gläubiger im Abs. 1 auch ohne Beitritt und Cession gegen den Erwerber das direkte Klagerecht gegeben wird. Stellen wie die folgenden: „War der Käufer des Grundstücks, wie dies ganz regelmäßig geschieht, bei der Uebernahme der Hypotheken sich gegen seinen Verkäufer persönlich verpflichtet, *ihm von der persönlichen Verbindlichkeit* gegen den Gläubiger zu befreien u. s. w." — „Daß andererseits der Schuldner, der sein Grundstück für die Schuld verpfändet, in der Regel damit allein die Sicherheit gewähren will, und daß er, wenn er das Grundstück veräußert und die Hypothek auf den Preis verrechnen läßt, *aus der Schuldverbindlichkeit herausgetreten* zu sein meint" — zeigen auf's Deutlichste, daß der Abs. 1 des § 41 nur einen solchen Vertrag vor Augen hat, durch welchen der Erwerber mit der Hypothek zugleich die persönliche Schuldverbindlichkeit des

Veräußerers übernimmt. Ueberdies würde, wenn die Absicht vorgelegen hätte, eine so auffallende, von den allgemeinen Rechtsregeln abweichende Neuerung einzuführen, nach welcher der Uebernahmevertrag für den Erwerber eine persönliche Verbindlichkeit gegenüber dem Gläubiger auch dann erzeuge, wenn eine solche gar nicht Gegenstand des Uebernahmevertrages ist, dies doch wohl erwähnt und gerechtfertigt sein. Davon enthalten aber die Materialien an keiner Stelle auch nur eine Andeutung. In der Literatur besteht denn auch kein Widerspruch dagegen, daß die Bestimmung des Abs. 1 des § 41 nur dann zur Anwendung kommt, wenn der Veräußerer persönlicher Schuldner der Hypothek ist. Vergleiche Dernburg, Lehrbuch Bd. 2 S. 152 der 3. Auflage. Förster-Eccius, Theorie und Praxis 5. Auflage Bd. 1 § 102 S. 693; Brettner in Gruchots Beiträgen Bd. 19 S. 719 fg. Nr. 1 und Bendix das Preußische Gesetz über den Eigenthums-Erwerb 2c. S. 88 Anm. 5. Die Judikatur ist zwar mit der Entscheidung der hier erörterten Frage noch nicht ausdrücklich befaßt gewesen, es finden sich aber Aussprüche, welche einer solchen Entscheidung fast gleichkommen dürften. So heißt es in dem Erkenntniß des vormaligen Preußischen Ober-Tribunals vom 20. März 1876 (Striethorst, Archiv Bd. 95 S. 315): Durch die Uebernahme der Schuld geht der Uebernehmer dem Gläubiger gegenüber eine weitere Verpflichtung, als der Veräußerer hatte, nicht ein. Er überkommt nur dessen Schuldverhältniß". Und in dem Urtheil des Ersten Hülfssenats des R. G. vom 16. März 1880 (Entscheidungen Bd. 1 S. 404) kommen folgende Sätze vor: „Der Zusammenhang beider Gesetzesstellen — der Abs. 1 und 2 des § 41 des E. E. G. — weist nothwendig darauf hin, daß die Verbindlichkeit, von welcher der Veräußerer befreit wird, durch die Uebernahme auf den Erwerber übergeht, und daß dem Gläubiger die persönliche Klage, welche er gegen den Veräußerer hatte, nunmehr gegen den Erwerber zustehen soll. Der Unternehmer succedirt kraft gesetzlicher Vorschrift in die Obligation des Schuldners." Ist hiernach der Abs. 1 des § 41 des E. E. G. nur dann anzuwenden, wenn der Veräußerer persönlicher Schuldner des Gläubigers der vom Erwerber in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommenen Hypothek war, so hat das B. G. denselben durch Mißanwendung verletzt, indem es dem klagenden Hypothekengläubiger die persönliche Klage gegen den Bekl. als Erwerber des Pfandgrundstücks lediglich auf dessen Uebernahme der Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis hin zugesprochen hat ohne Rücksicht darauf, ob die Kaufleute A. und B., welche das Pfandgrundstück an den Bekl. veräußert haben, in Folge Uebernahme der Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis gegenüber ihrem Veräußerer persönliche Schuldner des Kl. geworden waren oder nicht. Das B. U. unterliegt daher der Aufhebung. Es muß die Zurückverweisung der Sache zu anderweiter Verhandlung und Entscheidung an das B. G. erfolgen, damit die betreffende Behauptung des Kl. zur Erörterung gezogen und die erforderliche Feststellung getroffen wird. Für diese Feststellung aber ist vorab entscheidend, ob für die Rechtsvorgängerin von A. und B., nämlich die Wittwe C., die persönliche Verbindlichkeit bestund. Denn war diese nicht für die Hypotheken persönlich verhaftet, so konnten auch A. und B. durch die Schuldübernahme allein nicht in die persönliche Haftung hineingezogen worden. Es bedarf daher einer Erörterung des Verhältnisses von A. und B. zum Kl. beziehungsweise dessen Cedentin nicht, wenn sich herausstellt, daß die Wittwe C. nicht persönlich gehaftet hat. Das B. G. erachtet auf Grund der produzirten Urkunden den Beweis für geführt, daß nach dem Tode des Darlehnsschuldners die Wittwe C. bei der Erbtheilung die Pfandgrundstücke zum Alleineigenthume und die beiden in Frage kommenden Hypotheken in Anrechnung auf den von ihr zu zahlenden Ueberlassungspreis übernommen hat. Es ist deshalb der Ansicht, daß der Gläubiger die persönliche Klage aus den Darlehnen auch gegen die Wittwe C. erworben habe. Es ist nicht unbestritten, ob auch in solchem Falle der § 41 Anwendung findet. Diese Bestimmung hat zur ersten Voraussetzung, daß Jemand das Pfandgrundstück erwirbt. Das liegt vor. Wenn der Wittwe C. auch als Miterbin ein aliquoter Theil an dem Inbegriffe des Nachlasses ihres verstorbenen Mannes zustand, so besaß sie doch ein Sondereigenthum an den zum Nachlaß gehörigen Pfandgrundstücken, sei es an dem ganzen oder an einem aliquoten Theile derselben nicht, vielmehr erlangten sie erst durch die Ueberlassung bei der Erbtheilung einen Titel zum Erwerbe des Eigenthums an den ganzen Grundstücken (vergleiche Urtheil des R. G. vom 21. Mai 1883, Entscheidungen Bd. 9 S. 272 fg.). Die Wittwe C. erwarb demnach durch die Ueberlassung des Grundstücks etwas, was sie vorher nicht besaß. — Nach dem Wortlaut des § 41 könnte es ferner scheinen, als ob der Veräußerung beziehungsweise dem Erwerb des Pfandgrundstückes ein Kaufgeschäft zu Grunde liegen müsse, damit die dort aufgeführten Rechtsfolgen eintreten. Die Ansichten gehen über diese Frage auseinander. Einige (Förster-Eccius a. a. O. Bd. 1 S. 692 und Bahlmann S. 168 Anm. 4a) wollen den § 41 nur bei dem Erwerb auf Grund eines Kaufvertrags, sofern eine Anrechnung auf das Kaufgeld stattfindet, eingreifen lassen, während bei allen anderen Rechtstiteln des Erwerbs das ältere Recht Anwendung finden soll. Andere (Achilles S. 256 Anm. 2a) halten die Voraussetzung des § 41 auch durch ein anderes auf die Veräußerung des Grundstücks gerichtetes Geschäft, bei welchem die Gegenleistung des Erwerbers die Natur des Kaufgeldes hat, für erfüllt oder subsumiren gar, noch weiter gehend (Dernburg Bd. 1 § 65 Anm. 19), die Hypothekenübernahme durch einen Geschenknehmer unter den § 41. Noch andere endlich (Turnau, Grundbuchordnung 4. Aufl. Bd. 1 S. 795 fg. Anm. 9 und Oberneck: Die Preußischen Grundbuchgesetze S. 101 fg. Anm. 1) fassen den Abs. 1 des § 41 — im Anschluß an die Deklaration vom 21. März 1835, vergl. oben Nr. 1 — so auf: „wer durch einen speziellen Rechtstitel ein mit Hypotheken belastetes Grundstück erwirbt und dabei erklärt, daß er als Gegenleistung oder als Theil der Gegenleistung die Hypothekenschulden übernehme, wird durch die Uebernahme allein den Hypothekengläubigern persönlich verpflichtet." — Die Praxis hat sich bisher der freieren Auffassung zugeneigt. — Der § 41 ist vom R. G. wiederholt (vergl. die Urtheile Entscheidungen Bd. 1 S. 403; Wallmanns Zeitschrift für Preußisches Recht Bd. 2 S. 159, 249, 541; IV 210/82) auch da zur Anwendung gebracht, wo die Uebernahme der Hypotheken sich nicht auf einen Kauf-, sondern auf einen Tauschvertrag stützte, mit der Begründung, daß der § 41 nicht vom Verkäufer und Käufer, sondern vom Veräußerer und Erwerber spricht, und daß nach § 364 Thl. 1 Tit. 11 des A. L. R. beim Tausche jeder Contrahent in Ansehung der Sache, die er giebt, als Verkäufer, und in Ansehung derjenigen, die er dagegen empfängt, als Käufer, folglich der Tauschpreis als Kaufpreis zu betrachten ist. — Nun ist zwar auf den Grund, daß im § 41 nicht vom Verkäufer und Käufer, sondern von Veräußerer und Erwerber gesprochen wird, besonderes Gewicht nicht zu legen. Ausschlaggebend aber erscheint der Umstand, daß, wie die Materialien des E. E. G. ergeben, das bisherige, durch die Deklaration vom 21. März 1838 geschaffene Recht nur in der Richtung fortgebildet werden sollte, daß der Hypothekgläubiger, um gegen den Erwerber des Grundstücks und Uebernehmer der Hypotheken die persönliche Klage zu erlangen, der Abtretung des Rechts des Veräußerers gegen den Erwerber nicht mehr bedarf (vergl. Deklaration vom 21. März 1835 § 3), daß aber nicht ersichtlich die Absicht vorgewaltet hat, an Stelle der weiteren Bezeichnung „speziellen Rechtstitels" (vergl. Deklaration § 1) die engere „den Kaufvertrag" zu setzen zu dem Zwecke, dadurch die dem bisherigen Rechte fremde Beschränkung einzuführen, daß die persönliche Verpflichtung des die Hypotheken übernehmenden Erwerbers nur dann eintrete, wenn der Erwerb auf einem Kaufvertrag beruhe. Es fehlt aber auch an jedem inneren Grunde, den Eintritt der Rechtsfolgen des § 41 bei Uebernahme der Hypotheken ausschließlich von dem Abschluß eines Kaufvertrags abhängig zu machen; denn nicht die Natur des Veräußerungsvertrages als Kaufvertrag ist der Grund des Eintritts der persönlichen Haft des Erwerbers, sondern die Er-

klärung der Uebernahme der Hypotheken. Wenn in den Materialien gerade der Fall angeführt wird, daß der Käufer die Hypotheken in Anrechnung auf das Kaufgeld übernimmt, und wenn in Abs. 1 des § 41 die Uebernahme der Hypotheken in Anrechnung auf das Kaufgeld vorausgesetzt wird, so ist dem keine weitere Bedeutung beizulegen, als daß man die Bestimmung an ein Kaufgeschäft als den Regelfall geknüpft hat. Hiernach steht der Umstand, daß der Erwerb des Pfandgrundstücks unter Uebernahme der Hypotheken bei einer Erbtheilung erfolgt ist, der Anwendung des § 41 nicht entgegen. V. C. S. i. S. Blanck c. Schönbach vom 11. Juli 1888, Nr. 129/88 V. **M.**

Personal-Veränderungen.

Ernennungen.

Zu Notaren wurden ernannt: Zeddies in Hameln für den Bezirk des Landgerichts Hannover und Wohnsitz in Hameln; — Dr. jur. Gustav Burgheim in Bockenheim für den Bezirk des Oberlandesgerichts Frankfurt a. M. mit Ausschluß der Hohenzollernschen Lande und Wohnsitz in Bockenheim; — Larisch in Nikolai für den Bezirk des Oberlandesgerichts Breslau und Wohnsitz in Nikolai; — Schüler in Spremberg für den Bezirk des Kammergerichts und Wohnsitz in Spremberg.

Für die Redaktion verantw.: S. Haenle. Verlag: W. Moeser Hofbuchhandlung. Druck: W. Moeser Hofbuchdruckerei in Berlin.

№ 46 und 47. Berlin, 3. November. 1888.

Juristische Wochenschrift.

Herausgegeben von

S. Haenle, Justizrath, Rechtsanwalt in Ansbach.

und

M. Kempner, Rechtsanwalt beim Landgericht I. in Berlin.

Organ des deutschen Anwalt-Vereins.

Preis für den Jahrgang 20 Mark. — Inserate die Zeile 40 Pfg. — Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt.

Inhalt.

Aufsätze für die Juristische Wochenschrift, welche acht Spalten überschreiten, können nur ausnahmsweise angenommen werden. Aufsätze, welche sich auf Angelegenheiten des Anwaltstandes und die Reichsjustizgesetze beziehen, erhalten den Vorzug. Die Redaktion.

Vereinsnachrichten.

Die Einziehung des Vereinsbeitrags für 1889 ist beendet. Die Mitgliederzahl ist auf 2 554 festgestellt.

Leipzig, den 30. Oktober 1888.

Mecke, Schriftführer.

Hülfskasse für deutsche Rechtsanwälte.

Die Anwaltskammer im Bezirke des Oberlandesgerichts zu Celle hat der Kasse wiederum eine Beihülfe von 1 000 Mark, die des Oberlandesgerichts zu Darmstadt eine solche von 300 Mark und die des Oberlandesgerichts zu Zweibrücken eine solche von 100 Mark überwiesen. Den Kammern und ihren Vorständen ist für die erfreulichen Zuwendungen der herzlichste Dank ausgesprochen.

Zum Jubiläum des Geheimen Justizraths von Wilmowski.

Herr Geheimer Justizrath von Wilmowski hat auf die anläßlich seines 50jährigen Jubiläums von dem Vorstand ihm überreichte Adresse nachstehende Antwort ertheilt:

Die freundliche Begrüßung des Vorstandes des Deutschen Anwaltvereins zu meinem 50jährigen Amtsjubiläum hat mich auf das Wohlthuendste und Innigste bewegt, und danke ich von ganzem Herzen dafür. Die Wahrnehmung der Interessen des deutschen Anwaltstandes meinerseits, welche der Vorstand über Verdienst anerkannt, habe ich und wohl mit Recht für meine Pflicht erachtet, und meiner Meinung folgend mich gern dem, in allen seinen Gliedern dem gleichen Ziele zustrebenden Vorstande angeschlossen und zur Verfügung gestellt. So weit und so lange es mir noch möglich sein wird, bin ich gern bereit, meine Kräfte auch ferner in den Dienst des Anwaltstandes zu stellen und hoffe ich in dieser Weise meinen Dank in Thaten und nicht blos in Worten abstatten zu können.

Berlin, den 8. Oktober 1888.

Mit herzlichem kollegialischen Gruße
in alter Treue
gez. Dr. von Wilmowski
Geheimer Justizrath.

Zugleich hat derselbe der Hülfskasse den Betrag von eintausend Mark zugewendet.

Der Entwurf eines Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches.

Bericht, erstattet im Auftrage des Vorstandes des Deutschen Anwaltvereins von Max Guttmann, Rechtsanwalt in Wiesbaden.*)

Sachenrecht.

Allgemeine Lehren.

Das Sachenrecht wird von dem Gegensatz zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen beherrscht, der sich besonders in den Formen des sachenrechtlichen Verkehrs ausprägt und in der Schöpfung eines eigenen Grundbuchrechts seinen augenfälligsten Ausdruck findet. Dadurch wird indeß die Einheit dieses Rechtstheils nicht zerrissen. Dieselbe erweist sich nicht bloß in dem gemeinsamen Begriff des dinglichen Rechts. Selbst die Verschiedenheit des Formenwesens dient dazu, gleichartigen Rechtssätzen für bewegliche wie für unbewegliche Sachen eine Unterlage zu schaffen: der Lehre vom dinglichen Rechtsgeschäft,

*) Nachdruck verboten.

von der Formpflichtigkeit dinglicher Rechtsänderungen und — daran angelehnt — vom guten Glauben.

Die Veränderung der dinglichen Rechte setzt ein dingliches Rechtsgeschäft und die Erfüllung der dinglichen Form voraus.

I. Das dingliche Rechtsgeschäft hat zum Gegenstand die Willenserklärung, daß ein dingliches Recht begründet oder belastet werden, übergehen oder erlöschen, bezw. daß ein entsprechender Grundbucheintrag stattfinden soll (§§ 828, 874, 983, 1147). Es ist abstrakt, von dem obligatorischen Titel, zu dessen Vollzuge es etwa dient, unabhängig. Die Ungiltigkeit eines Kaufes kann also nicht die dingliche Wirkung der Auflassung beeinträchtigen, sondern höchstens ein persönliches Recht auf Rückauflassung erzeugen. Umgekehrt heilt vielmehr die Auflassung die Formmängel des zu Grunde liegenden Vertrags (§ 351). Nur Hypothek (§ 1062) und Faustpfandrecht (§ 1145) — aber nicht die Grundschuld (§ 1135) — setzen, da sie nur Nebenrechte sind, zur Begründung, wie zum Bestand eine wirksame Forderung voraus.

Das dingliche Rechtsgeschäft ist bei beweglichen Sachen formlos. Auflassung und Bestellung eines Erbbaurechts (§§ 868, 962) haben dagegen vor dem Grundbuchrichter zu geschehen; im übrigen bedürfen Verträge über Rechte an unbeweglichen Sachen, da sich Grundbucheinträge darauf stützen sollen, wenigstens der Schriftlichkeit. Bindend werden sie erst, wenn sie in gehöriger Weise an das Grundbuchamt gelangen, — wofern sie nicht vor demselben geschlossen werden; also wenn alle Theile sie einreichen, oder der Grundbucheintrag auch nur auf einseitiges Gesuch bewirkt wird (§ 828). Die Form der einseitigen Verzichterklärungen ist sogleich zu erwähnen.

Das dingliche Rechtsgeschäft ist einseitig oder ein Vertrag. Eines Vertrages bedarf es zur Uebertragung aller dinglichen Rechte und zur Begründung oder Belastung eines Rechts an fremder Sache (§§ 828, 874, 983, 1147). Einseitig erfolgt die Aufhebung dinglicher Rechte, die soweit als Verzicht erscheint. Der Verzicht auf Nießbrauch und Pfandrecht an beweglichen Sachen wird dem Eigenthümer erklärt (§§ 1016, 1189), die Dereliktion von Grundstücken (§ 872) und der Verzicht auf das Erbbaurecht (§ 965) vor, der Verzicht auf Vorkaufsrecht, Dienstbarkeiten an Grundstücken und Reallasten gegenüber dem Grundbuchamt (§§ 960, 965, 977, 1015, 1061). Zur Löschung von Hypothek und Grundschuld (§§ 1091, 1136) ist indeß, wenn dieselben nicht dem Eigenthümer zustehen, eben wegen der Zulassung der Eigenthümerhypothek und -Grundschuld ein Vertrag zwischen Gläubiger und Eigenthümer nöthig. Ist das aufzuhebende Recht oder das herrschende Grundstück, an das Dienstbarkeit-, Vorkaufsrecht u. s. w. geknüpft sind, mit dem Rechte eines Dritten belastet, so setzt die Aufhebung regelmäßig auch die Einwilligung des Letzteren voraus. Denn das Konsensprinzip erfordert, daß alle Diejenigen, zu deren Lasten eine dingliche Rechtsänderung erfolgt — die Passivbetheiligten — darin willigen. Die Bewilligung muß von den zur Zeit der Bewilligung Berechtigten ertheilt werden; doch wird auch die Einwilligung eines Nichtberechtigten — bei beweglichen oder unbeweglichen Sachen — wirksam, wenn der Berechtigte zuvor zugestimmt hat, oder nachher genehmigt, oder wenn der Nichtberechtigte später das Recht erwirbt oder von dem Berechtigten vorbehaltlos beerbt wird (§§ 830, 876, 983, 1147). Die Einwilligung wird durch richterlichen Befehl, Verurtheilung zur Uebergabe, Arrest u. s. w. (§§ 833, 846, 875, 983, 1147) ersetzt.

II. Um den dinglichen Rechtsstand erkennbar zu machen, tritt als weiteres Erforderniß der Rechtsänderung zu dem dinglichen Rechtsgeschäft die dingliche Form: bei beweglichen Sachen der Besitzwechsel, bei unbeweglichen der Grundbuchvermerk.

Eigenthum kann an einer beweglichen Sache nicht ohne den Besitz (§ 874), Nießbrauch und Pfandrecht nicht ohne die Inhabung erworben werden (§§ 983, 1147). Der Uebergang der Inhabung ist lediglich etwas Thatsächliches und in der mannigfaltigsten Weise, insbesondere auch in den Formen des Besitzerwerbes denkbar. Deshalb werden nur die letzteren hervorgehoben (§§ 803 ff.): Uebergabe, Anweisung und constitutum possessorium.

Die Uebergabe, d. h. Besitzeinräumung und -Ergreifung, vollzieht sich körperlich oder symbolisch, z. B. durch Einhändigung der Schlüssel oder brevi manu traditio. — Die Anweisung, die Gewalt für den Erwerber auszuüben, wird von dem bisherigen Besitzer an den Inhaber erlassen; zugleich hat der Erwerber einem von diesen Beiden — wenn auch nur stillschweigend — den Besitzwillen zu erklären. Der Besitz geht aber nicht über, wenn der Inhaber gegenüber dem Besitzer oder dem Erwerbslustigen der Anweisung unverzüglich, nachdem er sie empfangen, widerspricht. — Das constitutum possessorium ist nur wirksam, wenn der Besitzer infolge eines besonderen Rechtsverhältnisses zum Erwerber, wie Miethe oder Auftrag, befugt oder verpflichtet ist, die Sache als Inhaber zu behalten. — Für die Begründung von Eigenthum und Nießbrauch stehen alle diese Erwerbsarten offen. Zur Bestellung des Faustpfandes ist jedoch das constitutum possessorium ungeeignet.

Die freiwillige Uebergabe wird durch die Wegnahme des Gerichtsvollziehers ersetzt, wenn auf Uebertragung des Eigenthums oder Bestellung von Nießbrauch und Pfandrecht erkannt ist (§§ 875, 903, 1147). — Eine eigene Begründungsform hat das Pfändungspfandrecht.

Nach § 874 Abs. 3 ist Uebergabe nicht erforderlich, wenn der Erwerber die Sache bereits besitzt, — nicht nur inne hat. Der Erbe hält sie z. B. für ein Nachlaßstück; er wird später seines Irrthums inne und läßt sie sich von dem Eigenthümer veräußern. In Wahrheit liegt aber hier ein stillschweigendes constitutum possessorium des Erwerbers und bisherigen Besitzers zugunsten des Eigenthümers und eine sofort folgende brevi manu traditio vor (Motive S. 335 Z. 4).

Ohne eine Veränderung der thatsächlichen Gewalt kann ein Recht an einer beweglichen Sache im Wege des Rechtsgeschäftes auch nicht aufgehoben werden. Es scheint dagegen zu sprechen, daß einseitige Erklärung zum Verzicht auf Nießbrauch und Pfandrecht genügt. Allein Besitz und Inhabung können auch durch bloße Willenserklärung verloren werden (§ 808).

Der Grundbuchvermerk ist vielfach lediglich Beurkundungsmittel. Wenn der Tod den Rechtsstand verändert, so kann das Grundbuch nur nachträglich die Folgen anzeigen; ebenso wenn sich der Eigenthumswechsel durch Enteignung oder dauerliche Zusammenlegungen nach Landesrecht schon an den Spruch der Behörde knüpft. Die eigentlichen Verkehrsgeschäfte, die freiwilligen Rechtsveränderungen, haben jedoch den Buchvermerk zu

ihrer Vollzugsform; erst die Buchung bringt dann das Recht zum Entstehen oder Erlöschen. Aber auch dann hat sie nicht formale Rechtskraft in dem Sinne, daß selbst die willkürliche oder versehentliche Rechte zu ändern vermöchte; seine Wirkung entnimmt der Buchvermerk vielmehr erst dem voraufgegangenen dinglichen Geschäft, wie ja auch die Uebergabe einer beweglichen Sache nur in Verbindung mit einem darauf gerichteten Vertrag Eigenthum oder Pfandrecht überträgt. Die selbstständige Bedeutung des Buchvermerks liegt allein in der — widerlegbaren — Beweisvermuthung, die daraus hervorgeht (§ 826), und in dem guten Glauben, der sich darauf gründet.

Unter die Verkehrsgeschäfte, die duech den Buchvermerk vollzogen werden, sind die Uebertragung und die Aufhebung der dinglichen Rechte, sowie die Begründung und Belastung eines Rechts am fremden Grundstück (§§ 828, 872, 960, 965, 977, 1015 f., 1061), zu begreifen; also Auflassung und Dereliktion eines Grundstücks, Bestellung wie Veräußerung und Belastung eines Nießbrauchsrechts u. s. w. Dahin gehören ferner die Rechtsänderungen, die durch richterlichen Zwang herbeigeführt werden: die Zwangs- und Arresthypothek (§§ 1130, 1132, 1133), die Ueberweisung der Hypothek, über die kein Hypothekenbrief gebildet ist (Buchhypothek § 1088), und jeder sonstige Erwerb eines Rechtes an einem Grundstück oder an einem eingetragenen Recht, der sich im Wege der Zwangs- oder Arrestvollstreckung vollzieht (§ 837), es sei die Pfändung eines Rechts oder der Eintrag auf Grund eines Urtheils, das die Bewilligung oder deren Annahme ergänzt (§ 833) u. s. w. Ob der Erwerb von Grundstücken bei der Zwangsversteigerung erst durch den Eintrag oder schon durch den Zuschlag erfolgt, ist noch nicht entschieden.

Da die Hypothek von einer persönlichen Forderung abhängig, und die Grundschuld selbst eine Forderung ist, gelten für sie zum Theil abweichende Sätze. Zwar können beide nur durch Eintrag entstehen; allein sie erlöschen ohne weiteres mit der zu Grunde liegenden Forderung (§§ 1092, 1108, 1136), sofern sie nicht auf den Eigenthümer übergehen. Die Uebertragung und Belastung der Buchhypothek ferner kommt allerdings erst durch den Eintrag zu Stande (§§ 1087, 1208), — dagegen die der Briefhypothek und Grundschuld durch Uebergabe von Hypotheken- oder Grundschuldbrief (§§ 1112, 1136, 1208). Durch Wegnahme des Briefes wird auch der Uebergang von Briefhypothek und Grundschuld auf den Gläubiger, dem sie überwiesen sind, vollzogen.

III. Auf diesen Grundsätzen baut sich die Lehre vom Schutz des guten Glaubens auf. Wer in dingliche Beziehungen zu einer Sache tritt, darf ihren Rechtsstand nach Maßgabe der Besitzverhältnisse beurtheilen, wenn es eine bewegliche, und nach dem Grundbuch, wenn es eine unbewegliche Sache ist. Rechte, die auf diese Weise nicht erkennbar sind, gelten gegen den Erwerber nicht — sofern er nicht auf andere Weise Kenntniß von der wahren Sachlage erlangt hatte.

Gegen Irrthümer, die nicht den dinglichen Rechtsstand betreffen, schützt sonach der gute Glaube nicht. Einmal also nicht gegen einen Irrthum über die Handlungsfähigkeit oder sonstige persönliche Eigenschaften des andern Vertragstheits, über die Zulänglichkeit der Vollmacht u. s. w. Weiter kommt immer nur die Kenntniß entgegenstehender dinglicher Rechte in Betracht, z. B. einer Grundgerechtigkeit, die bei der Theilung des Grundstücks aus Versehen nicht auf das neue Grundbuchblatt mitüberschrieben, oder die irrthümlich gelöscht ist u. s. w. Denn da der Erwerb der Sachenrechte nur ein dingliches Rechtsgeschäft und die Beobachtung der dinglichen Form voraussetzt, da die Lehre vom titulus et modus acquirendi aufgegeben ist, schließt die Kenntniß älterer persönlicher Rechte auf Auflassung, Verpfändung u. s. w. den guten Glauben nicht aus. Wohl aber fehlt derselbe Demjenigen, welcher weiß, daß ein für den zeitigen Rechtsstand erhebliches dingliches Geschäft anfechtbar, daß z. B. die Bewilligung zur Löschung einer Grundgerechtigkeit erzwungen worden ist. Erwirbt er also in dieser Kenntniß das Grundstück, so erreicht die Anfechtungsklage wegen Zwanges auch ihn (§§ 837, 877, 1147). — Ist aber nur die Kenntniß dinglicher Rechte für den guten Glauben des Erwerbers erheblich, so wird auch die Eintragung eines vorläufigen Widerspruchs, einer Vormerkung, zur Sicherung persönlicher Rechte (auf Bestellung einer Grundgerechtigkeit, auf Auflassung u. s. w.) nicht zugelassen. Einer Vormerkung ist vielmehr — bis auf eine Ausnahme im Hypothekenrecht — nur das Recht auf Eintragung eines bestehenden oder auf Löschung eines aufgehobenen Rechts fähig (§ 844). Zum Schutze persönlicher Rechte muß durch einstweilige Verfügung der Eintrag eines Veräußerungsverbotes erwirkt werden. Soweit durch die Vormerkung der Richtigkeit des Grundbuchs widersprochen wird, ist der gute Glaube beseitigt.

Der gute Glaube muß zur Zeit des sich vollziehenden Erwerbes vorhanden sein, d. h. nicht blos bei Abschluß des obligatorischen und des dinglichen Geschäfts, sondern bis zur Uebertragung der beweglichen Sache, bis zum Grundbucheintrag, — wenn auch der Erweeber nicht weiß, wann der Eintrag erfolgt, oder dieser durch Schuld des Grundbuchamtes verzögert wird.

Dies sind die gemeinsamen Grundsätze. Aber das Einzeine gestaltet sich bei beweglichen und unbeweglichen Sachen verschieden.

Bei letzteren ruht der gute Glaube auf dem Grundbuch und außerdem im Recht der Hypothek und Grundschuld auf der darüber lautenden Urkunde. Denn Thatsachen, die hieraus hervorgehen, muß derjenige gegen sich gelten lassen, der Hypothek oder Grundschuld oder ein Recht daran erwirbt, — wie andererseits auch die Abtretung seitens des nicht eingetragenen Briefinhabers oder die gegen ihn erwirkte Vollstreckung in die Hypothekenforderung oder Grundschuld gesichert ist, wenn sein Recht durch eine zusammenhängende auf den eingetragenen Gläubiger zurückführende Reihe von Abtretungserklärungen oder Ueberweisungsbeschlüssen begründet wird. (§§ 1116, 1114, 1136.) — Bei der Sicherheit dieser Erkenntnißquellen braucht man vor dem Erwerbe keine weiteren Erkundigungen über die Rechte Dritter am Grundstück einzuziehen. Der gute Glaube wird sonach auch nur durch die wirkliche Kenntniß entgegenstehender Rechte ausgeschlossen (§ 837). Die fahrlässige Unkenntniß wird nicht zugerechnet, wenngleich sich Fälle unverzeihlichen Irrthums denken lassen. Es kann z. B. sein, daß eine nicht eingetragene Grundgerechtigkeit an einer Anlage hätte erkannt werden müssen. — Eine so klare Auskunft wie das Grundbuch geben dagegen die Besitzverhältnisse nicht; deshalb soll sich der Erwerber einer beweglichen Sache vorher über den Rechtsstand vergewissern. Er entbehrt also des Schutzes des

guten Glaubens nicht nur bei Kenntniß, sondern auch bei grob fahrlässiger Unkenntniß der entgegenstehenden Rechte oder der Anfechtbarkeit dinglicher Rechtsgeschäfte (§ 877). Demgemäß ist demjenigen, der sich auf das Grundbuch beruft, gegenbeweislich seine Kenntniß nicht eingetragener Rechte darzuthun, während bei beweglichen Sachen erst der gute Glaube durch Darlegung der den Erwerb begleitenden Umstände, des obligatorischen Titels, durch den Nachweis etwaiger weiterer Erkundigungen u. s. w. dargethan werden muß.

Verschieden ist auch der Umfang des Schutzes. Derselbe wird bei unbeweglichen Sachen zunächst dem Erwerber zutheil, mag der Erwerb durch Rechtsgeschäft oder im Wege der Vollstreckung erfolgen. Weiter darf derjenige auf das Grundbuch bauen, der Hypothekenzinsen zahlen, eine Grundschuld kündigen, Reallasten ablösen, sich Quittung und Löschungsbewilligung ertheilen lassen, kurz, Handlungen inbezug auf das eingetragene Recht vornehmen will (§ 838). Dagegen wirkt ein Urtheil, das gegen den eingetragenen Nichtberechtigten z. B. über das Bestehen einer Grundgerechtigkeit erstritten wird, nicht gegen und für den Berechtigten. — Während ferner der Regel nach auch das Grundbuch nur den dinglichen Rechtsstand versichert, stehen ausnahmsweise auch uneingetragene Veräußerungsverbote, die nur zum Schutz bestimmter Personen angeordnet sind, gutgläubigen Erwerbern nicht entgegen (§ 837). Hier schützt also der gute Glaube auch gegen einen unbekannten persönlichen Mangel des Veräußerers. — Endlich ergänzt das Grundbuch bei der Hypothek auch die Mängel der zu Grunde liegenden Forderung, — soweit dieselben nicht aus dem Hypothekenbrief erkennbar sind. Der gutgläubige Erwerber einer Hypothek ist also nicht gefährdet, wenn sie für eine nichtige Forderung bestellt oder diese getilgt, gestundet ist u. s. w. (§ 1083). Das gilt jedoch nicht, soweit Forderungen wegen rückständiger Zinsen und von Kosten, die nicht in bestimmter Höhe eingetragen sind, übertragen werden.

Dem Vorstehenden entspricht es, daß zur Erhaltung von Einwänden gegen eine Hypothek oder Grundschuld eine Vormerkung eingetragen werden kann (§ 1085). Ist eine Buchhypothek für ein Darlehn bestellt, so bedarf es sogar zum Eintrag der Vormerkung, daß das Darlehen nicht gegeben ist, nicht, wie sonst, richterlicher Anordnung, sondern es genügt innerhalb der ersten 30 Tage nach Eintrag der Hypothek der einfache Antrag des Eigenthümers an das Grundbuchamt. Ist die Vormerkung innerhalb dieser Frist eingetragen, so wirkt sie, wie wenn sie zugleich mit der Hypothek eingetragen wäre; sie entkräftet also auch den zwischenzeitigen Erwerb Dritter (§§ 1085, 1111).

Bei beweglichen Sachen wird nicht jeder redliche Erwerb geschützt, sondern nur der des Eigenthums und Pfandrechts. Hinsichtlich des Nießbrauchs hat man wegen seiner geringen Bedeutung für den Verkehr ganz davon abgesehen. Anders nur wenn ein Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen bestellt wird, weil dadurch Eigenthum übergeht (§ 1018). — Geschützt wird ferner nur der rechtsgeschäftliche, nicht auch der Erwerb durch Zwangsvollstreckung. Der Pfändung seiner Sache kann also der Eigenthümer, der nicht der Schuldner ist, nach wie vor gemäß § 690 C. P. O. widersprechen. — Aber auch der Schutz des rechtsgeschäftlichen Erwerbs ist doppelt eingeschränkt. Zunächst geht er nicht weiter, als der Grundsatz: „Hand wahre Hand" reicht; er tritt also nur dann ein, wenn die veräußerte Sache nicht ohne den Willen des Eigenthümers aus seiner Gewahrsam, bezw. der seines Unterinhabers gekommen ist. Insbesondere darf sie nicht gestohlen oder verloren worden sein. Nur an Geld und Inhaberpapieren geht auch dann auf den Redlichen Eigenthum über. Desgleichen an allen Sachen, die öffentlich von einer zu Versteigerungen befugten Person, Gerichtsvollzieher, Auktionator u. s. w. freiwillig oder im Wege des Zwanges versteigert werden. — Soweit der redliche Besitzer nach diesen Vorschriften nicht Eigenthum oder Pfandrecht erwirbt, weil der frühere Eigenthümer die Inhabung ohne seinen Willen verloren hat, hat Ersterer gegen den Letzteren einen Lösungsanspruch. Der Eigenthümer, der die Sache fordert, muß nämlich dem Besitzer ersetzen, was dieser dem Veräußerer geleistet oder noch zu leisten, oder was er dem Schuldner gegen Empfang des Pfandes gezahlt hat, jedoch nur bis zur Höhe des Werthes, welchen die Sache bei der Herausgabe nach Abzug etwaiger, gleichfalls von dem Eigenthümer zu ersetzender Verwendungen hat (§§ 939 f.).

Weiter setzt der Schutz des guten Glaubens eine bestimmte Form des Erwerbes voraus. Der Besitzstand des Veräußerers ist die Grundlage des guten Glaubens; daran fehlt es aber, wenn der Erwerber von Eigenthum oder Pfandrecht schon vorher die Sache besitzt, (nicht bloß inne hat). Es handelt sich um den schon besprochenen Fall des § 874 Abs. 3, — wenn man sich z. B. als Erbe einen Gegenstand, den man zuerst irrthümlich zum Nachlaß gerechnet hat, später von dem vermeintlichen Eigenthümer veräußern oder verpfänden läßt. Freilich erklären die Motive selbst in einem solchen Fall den scheinbaren Mangel der Uebergabe durch ein stillschweigendes constitutum possessorium des bisherigen Besitzers mit nachfolgender brevi manu traditio (S. 335 Z. 4). Sie nehmen ferner an, daß dem bisherigen Besitzer der Schutz des guten Glaubens zu Theil wird, wenn er die Sache zuerst zurückgiebt und sich später wieder übertragen läßt (S. 346 b). Trotzdem auf diese Weise der Unterschied zwischen Uebergabe und deren scheinbarem Mangel häufig in nichts zerfließen muß, wird gerade für den Fall des § 874 Abs. 3 der Schutz des guten Glaubens versagt. — Wird ferner das Eigenthum durch constitutum possessorium übertragen, so bleibt der Besitzstand kraft des Vertrauens, das der Erwerber dem Veräußerer schenkt, äußerlich erhalten, der wahre Eigenthümer kann also nicht erkennen, was mit der Sache geschehen ist. Deshalb soll er nicht die Gefahr tragen, wenn seine Sache von einem Dritten mittels constitutum possessorium veräußert wird, sondern der Erwerber. Solcher Rechtserwerb genießt also nicht den Schutz des guten Glaubens, bis später die wirkliche Herausgabe der Sache an den Erwerber, wenngleich ohne Wiederholung des dinglichen Vertrages, erfolgt. Vernichtet sonach erst der Inhabungswechsel, nicht schon der Erwerb der Sache, das Recht des wahren Eigenthümers, so wird auch zu erwägen sein, ob in solchem Fall der gute Glaube nicht bloß bis zum Erwerb, sondern bis zum Inhabungswechsel vorhanden sein muß.

Die Folgen, die der Schutz des guten Glaubens für die entgegenstehenden, dem Erwerber unbekannten Rechte hat, sind bei beweglichen und unbeweglichen Sachen gleichfalls verschieden. Das Eigenthum an der beweglichen Sache

und die sonstigen, ohne grobe Fahrlässigkeit unbekannt gebliebenen dinglichen Rechte erlöschen völlig, wenn einem Redlichen Eigenthum übertragen, und sie treten zu Gunsten eines Faustpfandrechts zurück, das ihm bestellt wird (§§ 877 f. 1152). Bei unbeweglichen Sachen gilt der Inhalt des Grundbuchs zu Gunsten des Erwerbers als richtig (§ 837), und es fragt sich, ob die nicht ersichtlichen Rechte Dritter, z. B. eine Grundgerechtigkeit, die bei der Theilung des Grundstücks nicht auf das neue Grundbuchblatt mitüberschrieben ist, gänzlich untergehen oder nur vor dem Recht des Gutgläubigen zurücktreten. Ist Letzteres der Fall, so können die zurückgedrängten Rechte mit der dinglichen Klage verfolgt werden, sobald der unredliche Veräußerer oder seine Erben das Grundstück zurückerlangen. Ist Ersteres richtig, so steht auch dann nur die persönliche Klage offen, und es kann eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechts nicht eingetragen werden (§ 844). Im ersteren Fall erlöschen die entgegenstehenden Rechte unbedingt, in anderen unter einer aufschiebenden Bedingung.

Wer durch den Schutz des guten Glaubens den Verlust eines Rechts erleidet, kann von Demjenigen, welcher unberechtigt verfügt hat, oder an welchen eine ihm nicht gebührende Leistung erfolgt ist, die Herausgabe der Bereicherung fordern (§§ 839, 880).

IV. Es erübrigt noch, der allgemeinen Grundsätze des Buchsystems zu gedenken. Indem der Entwurf das Grundbuch im Gegensatz zum Pfandbuch aufnimmt, wird der Schutz, den letzteres nur dem Pfandrecht gewährt, allen dinglichen Rechten zu Theil, und zugleich eine Verbindung des Buches mit dem Kataster, d. h. die buchmäßige Feststellung des Gegenstandes der dinglichen Rechte, zur Aufgabe. Die Durchführung des Systems bedingt für alle Grundstücke den Buchungszwang; doch wird davon voraussichtlich nach dem preußischen Vorbild das Eigenthum des Fiskus, der Gemeinden u. s. w. befreit werden. Andererseits erweitert sich der Kreis der buchungsfähigen und somit buchpflichtigen Gegenstände durch die Berechtigungen, welche, wie das Erbbaurecht (§ 962), ein Grundbuchblatt erhalten können (§ 781). Mit der Möglichkeit, daß, wie es zu geschehen pflegt, unbeabsichtigt, aus Irrthum manche Grundstücke ungebucht bleiben, wird nicht gerechnet (Motive S. 312). Für solche Grundstücke werden also auch nicht besondere Erwerbsarten, wie Ersitzung, zugelassen. Zum Ersatz werden Vorschriften geplant, die bei Anlegung neuer Grundbuchblätter den Eigenthumsbeweis erleichtern.

Der Rang der dinglichen Rechte bestimmt sich innerhalb derselben Abtheilung des Grundbuchs nach der Reihenfolge, sonst nach der Zeitfolge des Eintrags; Rechte, die in verschiedenen Abtheilungen am selben Tage eingetragen sind, haben im Verhältniß zu einander gleichen Rang. Durch Vormerkungen und durch besondere Bestimmung, die indeß des Eintrags bedarf, kann das gesetzliche Rangverhältniß geändert werden. Auch ist der Eintrag eines Rechtes mit dem Vorbehalt zulässig, daß ein später zu begründendes Recht vorgeht. Eine nachträgliche Aenderung des Rangverhältnisses bedarf außer dem Eintrag der Einwilligung der Passivbetheiligten (§§ 840 ff.).

Die äußere Erscheinung des Grundbuchs wird die Grundbuchordnung bestimmen. In jedem Fall muß der Eintrag bestimmt, er braucht jedoch nicht vollständig zu sein. Um dem ersteren Gesichtspunkt zu genügen, soll, wenn ein Recht für mehrere Personen gemeinsam und ungetheilt eingetragen ist, Gemeinschaft nach Bruchtheilen und Gleichheit derselben als eingetragen gelten (§ 827). Andererseits ist, um die Ueberfüllung des Grundbuchs zu verhüten, die Bezugnahme auf die Eintragsbewilligung zulässig (§§ 962, 969, 982, 1048, 1054). Insbesondere brauchen bei Hypothek und Grundschuld nur Gläubiger, Betrag und, im Fall der Verzinslichkeit, diese und die Höhe des Zinsatzes in das Buch zu kommen (§§ 1064, 1108, 1125, 1136). Folgeweise führt der Grundsatz der Oeffentlichkeit dazu, den Betheiligten nicht nur das Grundbuch, sondern auch die Grundakten offenzulegen (§ 837 Anm. 1).

Die Grundbuchordnung wird auch das Verfahren in Grundbuchsachen regeln. Doch steht bereits fest, daß die Eintragung im Wege der Zwangs- und Arrestvollstreckung oder einer einstweiligen Verfügung auf Parteibetrieb, auf unmittelbaren Antrag des Berechtigten beim Grundbuchamt erfolgt. Ebenso die Löschung, wenn die Vollstreckungsmaßregeln oder Arrest und einstweilige Verfügung aufgehoben werden (§§ 846, 833). — Der Eintrag der Vormerkung wird durch einstweilige Verfügung angeordnet, ohne daß die Gefährdung des dem Widerspruch zugrunde liegenden Rechts glaubhaft zu machen ist (§ 845).

Vom Reichsgericht.*)

Wir berichten über die in der Zeit vom 16. September bis 15. Oktober 1888 ausgefertigten Erkenntnisse.

I. Die Reichsjustizgesetze.

Zur Civilprozeßordnung.

1. Es ist bereits im Einklange mit Beschlüssen anderer C. S. des R. G. in dem Beschlusse vom 4. Januar 1888 in der Beschwerdesache der Mälzerei-Aktiengesellschaft zu Hamburg wider die Kaufleute Kröpin und Genossen B. I. 73/87 ausgeführt worden, daß nach dem Prinzip des Abs. 2 des § 87 der C. P. O. für eine Thätigkeit, die nach seinen Zuständigkeiten ein Anwalt ausüben kann, die Partei auch nur Gebühren eines Anwalts zur Erstattung stellen kann, daß aber ungeachtet dieses Prinzips bei der Nothwendigkeit für die Partei, ihren Prozeßbevollmächtigten mit Information zu versehen, solche Informationsertheilung an den auswärtigen Prozeßbevollmächtigten durch Vermittelung eines heimischen Rechtsanwalts dann mit Anspruch auf Erstattung der Kosten für diese Benutzung eines Zwischenorgans erfolgen kann, wenn der Partei nach ihren Fähigkeiten unter entsprechender Berücksichtigung des Gegenstandes der erforderlichen Informationsertheilung nicht zugemuthet werden kann, die Information dem auswärtigen Prozeßbevollmächtigten unmittelbar schriftlich zu ertheilen und eine Reise an den Wohnsitz des Prozeßbevollmächtigten zum Zwecke mündlicher Informationsertheilung zum Mindesten gleich große Kosten verursachen würde. I. C. S. i. S. Aßmußen c. Knüppel vom 18. September 1888, B. Nr. 41/88 I.

2. In dem angefochtenen Beschluß wird der zweite Abs. des § 87 der C. P. O. dahin ausgelegt, daß von „Obsiegen"

*) Nachdruck ohne Angabe der Quelle verboten.

nur soweit die Rede sein kann, als ein Anspruch streitig geworden ist. Es wird dabei unter einem streitig gewordenen Anspruch ein im Prozeß bestrittener Anspruch verstanden. Dem steht schon der § 89 daselbst entgegen, welcher gerade das sofortige Anerkenntniß des Bekl. voraussetzt, um die Verurtheilung des Kl. zu den Prozeßkosten zu rechtfertigen. — In diesem Fall ist also im Prozeß ein Anspruch überhaupt nicht streitig geworden. Die Worte „obsiegende Partei", welche gerade in dem von der Kostenerstattungspflicht handelnden § 87 gebraucht sind, können nach diesem Zusammenhange nur diejenige Partei bedeuten, welche mit ihrem Antrage: den Gegner zur Tragung der Kosten zu verurtheilen, obsiegt. Im vorliegenden Falle hat der Bekl. aber sowohl in der Hauptsache, als im Kostenpunkte obgesiegt, da das Urtheil lautet: die Kl. werden mit der Klage abgewiesen und verurtheilt die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Auch das fernere Argument des angefochtenen Beschlusses: Da der Klageanspruch bezüglich der Hauptsache sofort anerkannt war, bedurfte es insoweit einer Rechtsvertheidigung überhaupt nicht, kann als zutreffend nicht anerkannt werden. Denn für das Bedürfniß der Rechtsvertheidigung ist entscheidend der Angriff, welcher durch dieselbe abgewehrt werden soll, also der Antrag, welcher in der dem Bekl. zugestellten Klageschrift gestellt ist. Denn mit dieser Zustellung tritt der Angriff und somit das Bedürfniß der Vertheidigung ein. Der Antrag der Klageschrift ging aber auf Verurtheilung des Bekl. zur Zahlung von 3562,50 Mark Zur Vertheidigung gegen diesen Angriff bedurfte der Bekl. eines Rechtsanwalts als Vertreter. Schon die Entgegennahme der Information seitens des letzteren war nach § 13 Nr. 1 der Gebührenordnung vom 7. Juli 1879 ein Theil des Geschäftsbetriebes, für welchen die Prozeßgebühr zusteht, und die Information mußte sich bei damaliger Sachlage auf den ganzen von der Kl. geltend gemachten Anspruch von 3562,50 Mark erstrecken. Die Prozeßgebühr wurde nicht dadurch geringer und die beim Beginn des Rechtsstreits nothwendige Rechtsvertheidigung nicht dadurch eine theilweise unnöthige, daß Kl. im Laufe des Rechtsstreits ihren Klageantrag ermäßigte. Der Geschäftsbetrieb, welcher durch die Prozeßgebühr abgegolten wird, ist ein einheitlicher und bestimmt sich am wenigsten nach demjenigen, was bei Abfassung des Urtheils noch streitig ist (vergleiche § 4 der C. P. O.). IV. C. S. i. S. Richter c. Rühl vom 20. September 1888, Nr. 95/88. IV.

3. Der Entscheidungsgrund des angefochtenen Beschlusses ist: „Da der Klageanspruch bezüglich der Hauptsache sofort anerkannt war, bedurfte es bezüglich seiner einer Rechtsvertheidigung überhaupt nicht. Die unterliegende Partei hat aber nur diejenigen Kosten zu erstatten, welche zur zweckentsprechenden Rechtsvertheidigung nothwendig waren. Daraus folgt, daß nur die zwischen den Parteien streitigen Zinsen und die Kosten des Rechtsstreits ihrer Gesammtsumme nach berechnet werden durften, um als Grundlage für die Berechnung der Prozeßgebühr zu dienen, auf deren Erstattung der Bekl. Anspruch hat." Diese Ausführung kann als zutreffend nicht anerkannt werden. Denn für das Bedürfniß der Rechtsvertheidigung ist entscheidend der Angriff, welcher durch dieselbe abgewehrt werden soll, also der Antrag, welcher in der dem Bekl. zugestellten Klageschrift gestellt ist. Denn mit dieser Zustellung tritt der Angriff und somit das Bedürfniß der Vertheidigung ein (vergl. § 4 C. P. O.). Der Antrag der Klageschrift ging aber auf Verurtheilung des Bekl. zur Zahlung von 3562,50 Mark. Zur Vertheidigung gegen diesen Anspruch bedurfte der Bekl. eines Rechtsanwalts als Vertreter. Schon die Entgegennahme der Information seitens des letzteren war nach § 13 Nr. 1 der Gebührenordnung vom 7. Juli 1879 ein Theil des Geschäftsbetriebes, für welchen die Prozeßgebühr zusteht und die Information mußte sich nach der damaligen Sachlage auf den ganzen von der Kl. geltend gemachten Anspruch von 3562,50 Mark erstrecken. Die Prozeßgebühr wurde nicht dadurch geringer und die beim Beginn des Rechtsstreits nothwendige Rechtsvertheidigung nicht (etwa vermöge Rückwirkung) dadurch eine theilweise unnöthige, daß Kl. im Laufe des Rechtsstreits ihren Klageantrag ermäßigte. Der Geschäftsbetrieb, welcher durch die Prozeßgebühr abgegolten wird, ist ein einheitlicher und bestimmt sich am wenigsten nach demjenigen, was bei der Abfassung des Urtheils noch streitig ist. IV. C. S. i. S. Hager c. Rühl vom 20. September 1888, B. Nr. 94/88 IV.

4. Aus der Bestimmung in § 155 der C. P. O., daß die Partei dem Gerichtsvollzieher, welchen sie mit der Zustellung beauftragt hat, eine der Zahl der Personen, welchen zuzustellen ist, entsprechende Zahl von Abschriften des zuzustellenden Schriftstücks zu übergeben hat, folgt nicht, daß nicht eine Urtheilsausfertigung mehreren Personen zugestellt werden könne. Diese Vorschrift bezieht sich auf die Fälle, in denen an mehrere Personen die Zustellung geschehen muß. Um einen solchen Fall handelt es sich vorliegend aber nicht. Die Zustellung des Urtheils hatte an den Kl. beziehungsweise seinen Vertreter zu erfolgen. Daraus, daß er zu seinen Prozeßbevollmächtigten die Rechtsanwälte J. und B. D., jedoch jeden selbständig, bestellt hatte, folgt nicht, daß jedem dieser Prozeßbevollmächtigten eine Ausfertigung des Urtheils zugestellt werden mußte, sondern es brauchte nur eine Ausfertigung zugestellt zu werden, und es konnte diese Zustellung, wie das B. G. mit Recht angenommen hat, an beide Anwälte, welche ein gemeinschaftliches Geschäftslokal haben, geschehen, da unerfindlich ist, weßhalb es rechtlich unmöglich sein sollte, eine Urtheilsausfertigung mehreren Personen zuzustellen. III. C. S. i. S. Gloe c. Kruse vom 18. September 1888, Nr. 118/88 III.

5. Nach § 410 der C. P. O. soll die Eideszuschiebung nur über Thatsachen stattfinden, welche in Handlungen des Gegners, seiner Rechtsvorgänger oder Vertreter bestehen oder Gegenstand der Wahrnehmung derselben gewesen sind. Die Nothwendigkeit oder Richtigkeit einer Schlußfolgerung ist daher kein zulässiger Eidesgegenstand, sondern nach Feststellung der angeblichen Prämissen der letztern lediglich vom Richter zu beurtheilen. Anders verhält es sich mit der Eideszuschiebung darüber, daß der Bekl. gewußt habe, der Kl. stehe das Eigenthum zu. Die Unzulässigkeit derselben folgt daraus nicht, daß ein Eid über das Eigenthum selbst, wenn der Bekl. auch dieses bestritten hätte, ausgeschlossen sein würde. Denn das Wissen oder die Kenntniß, der Glaube, der Zweck und die Absicht jemandes sind Thatsachen, welche zwar nicht den Gegenstand seiner äußern (sinnlichen), aber seiner innern Wahrnehmung bilden; eine Eideszuschiebung über diese Thatsachen erscheint daher nach § 410 der C. P. O., wie bereits wiederholt ausgesprochen ist, an sich als statthaft. Ob eine Eideszuschiebung über Kenntniß

des Eigenthums zu verwerfen sein würde, wenn diese Kenntniß wegen Verwickelung der thatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse als völlig unsicher sich darstellte, kann dahingestellt bleiben. In dem vorliegenden Falle erhebt sich in dieser Beziehung kein Bedenken. Die Verhältnisse sind vielmehr hier so einfach, daß der Bekl. sich auf Grund des vorgelegten Briefs der Kl. und der ihm sonst bekannten Thatsachen sehr wohl eine bestimmte Ueberzeugung darüber, ob die Kl. Eigenthümerin der fraglichen Pferde sei, bilden konnte. Um so weniger erscheint dies bedenklich, als er deren Eigenthum, mithin, wie anzunehmen, seine jetzige Kenntniß desselben nicht bestreitet; denn, wie später, so kann er bereits zur Zeit der Pfändung diese Kenntniß in genügender Weise erlangt haben. Daß solche eine Schlußfolgerung aus andern Thatsachen voraussetzte, steht einer Eideszuschiebung darüber nicht entgegen, weil den Gegenstand derselben nicht die Nothwendigkeit oder Richtigkeit der Schlußfolgerung bildet, sondern die Thatsache, daß diese von dem Bekl. aus den konkreten Umständen wirklich gezogen ist. Wenn der Bekl. durch die letzteren die Ueberzeugung gewonnen hatte, daß der Kl. das Eigenthum der Pferde zustehe, so hat er solches gewußt; er ist daher in diesem Falle zur Leistung des ihm angetragenen Eides nicht im Stande. VI. C. S. i. S. Gröbbel c. Wagner vom 20. September 1888, Nr. 146/88 VI.

6. Wenn auch die beantragende Partei in der Regel den Nachweis zu erbringen hat, daß die Zustellung des Urtheils an den Gegner gehörig erfolgt ist, da anderenfalls der Gerichtsschreiber nicht bezeugen kann, daß innerhalb der Nothfrist ein Schriftsatz zum Zwecke der Terminsbestimmung nicht eingereicht sei, so kann doch diese Beweispflicht nicht so weit ausgedehnt werden, daß, wenn die Partei gar nicht in der Lage ist, die Zustellungsurkunden besitzen zu können, ihr Anspruch auf Ausstellung eines Zeugnisses gemäß § 646 Abs. 2 fortfiele. Im vorliegenden Falle hat die Zustellung des Ehescheidungsurtheils gemäß § 582 der C. P. O. von Amtswegen erfolgen müssen und zwar an den Bekl., weil dessen Aufenthalt unbekannt war, durch öffentliche Bekanntmachung, § 186 daselbst. Nach § 17 der Geschäftsordnung für die Gerichtsschreibereien der L. G. vom 3. August 1879 werden die Schriften, welche die Stelle der Zustellungsurkunde vertreten (Aushänge und Beweisblätter), wenn die öffentliche Zustellung auf Parteigesuch bewilligt ist, der Partei übermittelt; wenn sie von Amtswegen erfolgt, mit den Akten vorgelegt. Die Kl. war daher gar nicht in der Lage, die über die öffentliche von Amtswegen an den Bekl. erfolgte Urtheilszustellung sich verhaltenden Urkunden besitzen und dem Gerichtsschreiber des O. L. G. bei der Stellung des Antrages auf Ertheilung eines Zeugnisses nach Abs. 2 des § 646 vorlegen zu können. Der Gerichtsschreiber hatte vielmehr, wenn sein Zeugniß den Anfang der Nothfrist mitenthalten sollte, durch Einfordern der Akten des L. G. über die Zeit der Zustellung an den Bekl. sich zu unterrichten, oder, wenn die Bescheinigung des Anfangs der Nothfrist, wie im vorliegenden Falle, von der Partei gar nicht verlangt war, sein Zeugniß dahin zu ertheilen, daß seit dem Tage des am 29. Juni 1888 verkündeten Urtheils bis zum Tage der Ausstellung des Zeugnisses ein Schriftsatz zum Zwecke der Terminsbestimmung nicht eingereicht sei. Ein solches Zeugniß war um so unbedenklicher zu ertheilen, da es für den Gerichtsschreiber des L. G., welcher sich im Besitze der die amtliche öffentliche Zustellung beweisenden Urkunden befindet, eine vollkommen ausreichende Grundlage für die Ertheilung des Zeugnisses der Rechtskraft nach Abs. 1 des § 646 der C. P. O. bildet. IV. C. S. i. S. Nitschke c. Nitschke vom 17. September 1888, B. Nr. 103/88 IV.

Zur Rechtsanwaltsgebührenordnung.

7. Das R. G. hat bereits in einem früheren Beschlusse ausgesprochen, die Beweisgebühr des § 13 Nr. 4 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte werde zwar nicht dadurch bedingt, daß eine Beweisaufnahme stattgefunden habe, und daß der Anwalt in dem Beweiserhebungstermine anwesend gewesen sei, aber sie setze zum mindesten voraus, daß das Beweisverfahren begonnen und der Anwalt in demselben seine Thätigkeit entwickelt habe. Dies sei jedoch nicht der Fall, wenn das Gericht einen Beweisbeschluß erlassen und einen Zeugen geladen, das weitere Beweisverfahren jedoch eingestellt habe, weil der Zeuge vor dem Termine erklärt hatte, er wolle von dem Recht der Zeugnißverweigerung Gebrauch machen (Entscheidungen des R. G. in Civilsachen, Bd. XII. S. 393). Das R. G. unterscheidet hiernach zwischen den das Beweisverfahren anordnenden und vorbereitenden gerichtlichen Akten und zwischen der Ausführung desselben durch Erhebung des angeordneten Beweises. Es bezieht den im § 13 Nr. 4 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte gebrauchten Ausdruck: „Beweisaufnahmeverfahren" nur auf die Ausführung des Beweisverfahrens und billigt dem Rechtsanwalt die Beweisgebühr nur zu, wenn er die Partei bei dieser Ausführung vertreten hat. Noch bestimmter ist diese Ansicht vom R. G. in dem (von Pfafferoth, Gebührenordnung, S. 55 mitgetheilten) Beschlusse des I. C. S. vom 3. November 1886 in Sachen Rathgeber wider Schaneseld (I. 60/86 B.) ausgesprochen. In der Sache, auf welcher sich dieser Beschluß bezieht, war die schwurpflichtige Partei in dem zur Abnahme des Eides vor dem ersuchten Richter angesetzten Termine nicht erschienen, sondern hatte Verlegung desselben beantragt. Hierauf war, ohne Fortsetzung des Beweisverfahrens, das Endurtheil erlassen. Das R. G. hat dem Anwalt des Kl. keine Beweisgebühren bewilligt, weil von einer Vertretung in einem Beweisaufnahmeverfahren keine Rede sein könne, wenn die angeordnete Beweisaufnahme nicht stattgefunden hat. Die Entgegennahme des Beschlusses, durch welchen die Beweisaufnahme angeordnet wird, und der in Folge dieser Anordnung erforderliche Geschäftsbetrieb seien keine Vertretungshandlungen im Beweisaufnahmeverfahren. Von dieser in mehreren Entscheidungen ausgesprochenen Ansicht abzugehen, hat sich das R. G. nicht veranlaßt gefunden. V. C. S. i. S. Wegener c. Funke vom 29. September 1868, Nr. 86/88 V.

8. Der am 12. Juli 1888 protokollirte Vergleich kann nur als ein vor dem Prozeßgerichte geschlossener im Sinne des § 18 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte betrachtet werden. Hierüber läßt der Wortlaut des Protokolles keinen Zweifel zu. Daß der fragliche Vorgang in dem Protokolle falsch niedergeschrieben sei, behauptet die Beschwerdeführerin nicht. Wäre selbst der Vergleich schon vorher außer Gericht bindend zwischen den Parteien zu Stande gekommen, so waren sie doch nicht behindert, ihn nochmals vor Gericht zu bereden, und daß sie dies gethan, also nicht etwa nur den geschehenen Abschluß und den Inhalt des Vergleiches dem Gerichte angezeigt haben, ist eben

durch das Protokoll bewiesen. Die Thatsache allein, daß der Rechtsstreit bereits durch einen außergerichtlich beredeten Vergleich beigelegt war, steht demnach der Anwendung der angezogenen Gesetzesvorschrift nicht entgegen. Wenn demnächst auch der Kl. am Tage nach der Zustellung des landgerichtlichen Kostenfestsetzungsbeschlusses die darin festgesetzte Summe ohne Vorbehalt an den Anwalt der Bekl. berichtigt hat, so liegt hierin doch kein Anerkenntniß der Richtigkeit des Festsetzungsbeschlusses und kein Verzicht auf das Rechtsmittel der dagegen zu erhebenden Beschwerde. Denn aus dem Festsetzungsbeschlusse konnte sofort die Zwangsvollstreckung stattfinden (§ 702 Nr. 3, §§ 99 und 535 C. P. O.). Möglicherweise zahlte daher der Kl. den in I. J. festgesetzten Betrag nur vorläufig, um die Zwangsvollstreckung abzuwenden, und wenn er sich dabei die Rückforderung des Zuvielgezahlten nicht ausdrücklich vorbehielt, so darf ihm doch deshalb die Absicht, dem Rechte der Anfechtung des Festsetzungsbeschlusses entsagen zu wollen, noch nicht unterstellt werden. VI. C. S. i. S. Rosencrantz c. Merz vom 20. November 1888, B. Nr. 105/88 VI.

II. **Das Handelsrecht.**

9. Nach der (zu billigenden) herrschenden Doktrin und oberstrichterlichen Rechtsprechung steht das Nehmen einer Lebensversicherung zu Gunsten eines Dritten dem nicht entgegen, daß der Versicherungsnehmer unter Lebenden das Recht, die Versicherungssumme zu erheben, einer anderen Person als jenem Dritten durch Cession oder Verpfändung übertrage. Nur insofern und insoweit der Versicherungsnehmer zu Lebzeiten eine solche Verfügung nicht getroffen hat, wird mit seinem Tode ein Recht auf die Versicherungssumme für denjenigen wach, zu dessen Gunsten policemäßig die Versicherung genommen worden war. I. C. S. i. S. L. V. Ges. Friedrich Wilhelm c. Wilmsen vom 22. September 1888 Nr. 183/88 I.

III. **Sonstige Reichsgesetze.**

Zum Krankenversicherungsgesetz.

10. 1. Mit Recht hat das B. G. die Frage nach der Zulässigkeit des Rechtsweges, die allerdings trotz des in dieser Beziehung zwischen den Prozeßparteien herrschenden Einverständnisses von Amtswegen zu prüfen war, in bejahendem Sinne beantwortet. Daß die Krankenversicherung, wie solche durch das Gesetz vom 15. Juni 1883 (R. Ges. Bl. S. 73) eingeführt worden, den Charakter einer öffentlichen Interessen dienenden und öffentlich rechtlichen Institution hat, ist nicht zu verkennen und in den Motiven zu § 52 des Entwurfes (Drucksachen des Reichstags 1882 S. 150) ausdrücklich hervorgehoben. Daraus läßt sich indessen keineswegs der Schluß ziehen, daß die Streitigkeiten über Erfüllung der aus dem Krankenversicherungsgesetze hervorgehenden Verpflichtungen der Entscheidung der Civilgerichte entzogen seien. Vergl. Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. 19 S. 70. 71.) Bestimmte Gattungen derartiger Streitigkeiten hat vielmehr der § 58 des Gesetzes vom 15. Juni 1883 dem Rechtswege ausdrücklich zugewiesen. (Vergl. auch Entscheidungen in Civilsachen Bd. 16 S. 72.) Ist nun auch in diesem § 58 von den zwischen verschiedenen Ortskrankenkassen über die Zugehörigkeit einzelner Betriebe entstehenden Differenzen nicht die Rede, so fehlt es doch andererseits an einer gesetzlichen Bestimmung, in welcher ausgesprochen wäre, oder aus welcher entnommen werden könnte, daß die vorbezeichneten Differenzen vom Rechtswege ausgeschlossen und im Verwaltungs- oder Verwaltungsstreitverfahren entschieden werden sollen. Die gemäß §§ 16 ff. des citirten Gesetzes errichtete Ortskrankenkasse erlangt mit der Genehmigung ihres Kassenstatuts durch die höhere Verwaltungsbehörde einen privatrechtlichen Anspruch darauf, daß die versicherungspflichtigen Personen, für welche sie errichtet ist, ihr als Mitglieder angehören und ihr gegenüber die aus der Mitgliedschaft folgenden Verbindlichkeiten erfüllen. (Vergl. §§ 19. 23. 24. 29. 49. ff. a. a. O.) Wird dieser Anspruch der Kasse streitig gemacht, so kann ihr das Recht, denselben im Wege der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen, nicht abgesprochen werden. (Vergl. G. V. G. § 13.) Daß insbesondere die im ersten Urtheile angegebenen Gründe zur Versagung des Rechtsweges nicht führen können, ist von dem B. G. zutreffend dargelegt worden. 2. Beizutreten ist dem B. G. auch in der Annahme, daß die jetzige Rkl. für die Klage passiv legitimirt ist. Für die Verneinung der Passivlegitimation könnte vielleicht geltend gemacht werden, daß die Kl. mit der Verurtheilung der Handlung B. dasjenige, was sie beanspruchen könne, erreicht, und daß sie, sofern von dieser Handlung dem Urtheile Genüge geleistet wird, kein Interesse daran habe, ob etwa die Handlung auch noch von einer anderen Ortskrankenkasse zur Erfüllung der den Arbeitgebern nach den §§ 49 ff. des Gesetzes obliegenden Verpflichtungen herangezogen wird. Allein eine derartige Argumentation erweist sich nach den Vorschriften des Krankengesetzes als rechtsirrig. Dieselben lassen keinen Zweifel darüber bestehen, daß eine der Versicherungspflicht unterliegende Person nur einer Ortskrankenkasse als Mitglied angehören kann. Der Versicherungspflichtige wird mit dem Eintritte in einen Gewerbszweig oder eine Betriebsart, für welche eine Ortskrankenkasse errichtet ist, ohne Weiteres Mitglied dieser Ortskrankenkasse, sofern er nicht nachweislich einer der übrigen im § 4 benannten Kassen angehört. (§ 19 Abs. 2.) Seine Mitgliedschaft erlischt, sobald er aus der dieselbe begründenden Beschäftigung ausscheidet und zu einer Beschäftigung übergeht, vermöge welcher er Mitglied einer anderen Ortskrankenkasse wird. (§ 27 Abs. 1.) Während der Dauer der Mitgliedschaft aber ist ihm der freiwillige Beitritt zu einer anderen Ortskrankenkasse nicht gestattet und damit die Doppelversicherung bei mehreren Ortskrankenkassen versagt. (§ 19 Abs. 3.) Dem entsprechen die aus den §§ 49 ff. für die Arbeitgeber folgenden Verpflichtungen. Nur einer Ortskrankenkasse gegenüber ist der Arbeitgeber bezüglich der von ihm beschäftigten versicherungspflichtigen Personen zur An- und Abmeldung, zur Beitragezahlung u. s. w. verpflichtet. Steht also der Kl. auf Grund des Gesetzes und des für sie errichteten Statuts das Recht auf die Mitgliedschaft der bei der Handlung B. S. beschäftigten versicherungspflichtigen Personen und mit diesem Rechte der Anspruch zu, daß die gedachte Handlung ihr gegenüber die gesetzlichen Pflichten der Arbeitgeber erfülle, so hat die beklagte Ortskrankenkasse das Exklusivrecht der Kl. verletzt und in deren Rechtssphäre unbefugt eingegriffen, indem sie das Personal jener Handlung zur Mitgliedschaft für sich heranzog und von B. S. die Erfüllung der entsprechenden Verpflichtungen forderte, demnächst auch bei dem Magistrate zu X. den Erlaß einer Verfügung im Sinne ihrer Auffassung beantragte. Nachdem der Magistrat

diesem Antrage stattgegeben und in seiner Entscheidung die Kl. ausdrücklich mit ihrem Anspruche auf die Mitgliedschaft der bei der Firma B. S. beschäftigten versicherungspflichtigen Personen abgewiesen hat, war die Kl. unbedenklich berechtigt und zur Verwirklichung des ihr gesetzlich zustehenden Anspruches darauf angewiesen, ihre Klage nicht blos gegen jene Handlung, sondern hauptsächlich gegen die konkurrirende Ortskrankenkasse auf Aufhebung der Magistratsentscheidung und auf Verurtheilung dieser Kasse zur ferneren Unterlassung der Heranziehung des Personals der Handlung B. S. zur Mitgliedschaft zu richten. Uebrigens hat auch die Bkl. in der gegenwärtigen Instanz ihre Passivlegitimation nicht mehr in Abrede gestellt. 3) In der Sache selbst erachtet das B. G. die Frage für unerheblich, ob die Handlung B. S. ein oder mehrere Gewerbe betreibt, indem es im Hinblick auf die Geschichte der Entstehung der streitenden Ortskrankenkassen die Bestimmungen der beiderseitigen Statuten dahin auslegt, daß alle in Fabriken beschäftigten Personen, mögen sie handwerksmäßig ausgebildet oder gewöhnliche Arbeiter sein, der klagenden Kasse als Mitglieder anzugehören haben, alle in Werkstätten beschäftigten Tischler dagegen zur beklagten Kasse gehören, Beides unter der Voraussetzung, daß in dem konkreten Falle, wie hier, eine besondere Betriebs- (Fabriks-) Krankenkasse nicht errichtet ist. Auf Grund des Beweisergebnisses wird sodann die Fabrikeigenschaft der Anlage für Möbeltischlerei von S. festgestellt und danach der Anspruch der Kl. für gerechtfertigt erklärt. Zu demselben Resultate gelangt das Gericht eventuell auch von dem Standpunkte aus, daß die klagende Kasse nur für solche Fabriken bestimmt sein sollte, in welchen verschiedenartige Gewerbszweige neben einander betrieben werden. Denn es steht als erwiesen an, daß die Handlung B. S. in ihrer Fabrik nicht blos in das Tischlergewerbe fallende Arbeiten, sondern daneben auf Bestellung auch solche Arbeiten, welche an sich nicht Tischlerarbeiten sind, insbesondere Weingmaschinen, Mangeln und Eisschränke sowie Metall- und Schlosserarbeiten fertigt. Die Angriffe, welche die Bkl. gegen diese Entscheidung richtet, können für begründet nicht erachtet werden. Gegenüber dem prinzipalen Entscheidungsgrunde wird ausgeführt, es dürfe nach den Bestimmungen des Krankenversicherungsgesetzes nicht zwischen fabrikmäßigem und handwerksmäßigem Betriebe eines Gewerbes, vielmehr bloß zwischen bestimmten Gewerbszweigen oder Betriebsarten unterschieden werden; ständen die Statuten der Kl. mit dieser Unterscheidung nicht im Einklange, so seien sie für die Entscheidung des vorliegenden Streits nicht maßgebend und die bei S. beschäftigten Personen ohne Weiteres Mitglieder der für den Gewerbszweig der Tischlerei errichteten beklagten Kasse. Die Unrichtigkeit dieser Ausführung ergiebt sich indessen aus dem Inhalte des gedachten Gesetzes. Der von der Bkl. in Bezug genommene Abs. 2 des § 16 des Gesetzes vom 15. Juni 1883 enthält keine bindende Vorschrift über die Art der Bildung der einzelnen Ortskrankenkassen, giebt vielmehr nur den Grundsatz an, nach welchem „in der Regel" die Ortskrankenkassen errichtet werden sollen. Diesem Grundsatze entsprechend können Ortskrankenkassen ebensowohl für die in einem bestimmten Gewerbszweige wie für die in einer bestimmten Betriebsart beschäftigten Personen errichtet werden. Zulässig ist aber auch eine Abweichung von der Regel, insbesondere die Errichtung gemeinsamer Ortskrankenkassen für mehrere Gewerbszweige oder Betriebsarten, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen hierzu vorliegen (§ 16 Abs. 3. 4, § 17 Abs. 2 a. a. O.). Sache des Kassenstatuts einer jeden Ortskrankenkasse ist es danach, über die Klassen der dem Krankenversicherungszwange unterliegenden Personen, welche der Kasse als Mitglieder angehören sollen, Bestimmung zu treffen und die Gewerbszweige und Betriebsarten, für welche die Kasse errichtet ist, zu bezeichnen (§§ 23, 19 a. a. O.). Ob das Statut nach dieser Richtung den Anforderungen des Krankenversicherungsgesetzes genügt, hat die höhere Verwaltungsbehörde vor der Genehmigung zu prüfen. (§ 24 a. a. O.). Nach dem genehmigten Statute aber richtet sich, so lange dasselbe nicht abgeändert ist, die Mitgliedschaft der versicherungspflichtigen Personen (§ 19 a. a. O.). Ein Anlaß zur Versagung der Genehmigung ist nun von der höheren Verwaltungsbehörde weder bei dem Statute der klagenden noch bei dem Statute der beklagten Kasse gefunden worden, und es läßt sich auch ein Versagungsgrund aus den Ausführungen der Bkl. nicht entnehmen, da die angezogenen gesetzlichen Bestimmungen der Errichtung einer Ortskrankenkasse für die in fabrikmäßiger Betriebsart beschäftigten Personen ebensowenig entgegenstehen, wie der Errichtung einer solchen Kasse für die in handwerksmäßiger Betriebsart beschäftigten Tischler. VI. C. S. i. S. Ortskrankenkasse der Tischler c. Ortskrankenkasse der Fabrikarbeiter zu Breslau vom 17. September 1888, Nr. 150/88 VI.

IV. **Das Gemeine Recht.**

11. Allerdings läßt sich der der Ausführung des B. R. zu Grunde liegende prinzipielle Satz, daß, wer über die gekaufte Sache in einer Weise verfügt, wie sie nur bei unterstellter Redlichkeit einem Willen, sich den Kaufgegenstand ohne Rücksicht auf etwaige Fehlerhaftigkeit anzueignen, entspricht, auf das Redhibitionsrecht verzichtet, auch in seiner Anwendung auf ein Ingebrauchnehmen des Kaufgegenstandes nicht bestreiten. Die Bedenken, welche hiergegen, insbesondere auch in Betreff der Anwendbarkeit auf das Ingebrauchnehmen der Sache, daraus hergeleitet worden sind, daß nach den betreffenden Stellen des Römischen Rechts auch beim Abhandenkommen der Kaufsache oder der Verschlechterung derselben mit Verschulden des Käufers die Redhibitionsklage nicht verloren geht, vielmehr der Käufer nur schadensersatzpflichtig wird und selbst die Weiterveräußerung der Kaufsache für den Fall des Wiedererwerbes die Klage nicht ausschließen soll, vgl. Eck, Beiträge zur Lehre von den ädilicischen Klagen S. 1 fg., Hanausek, die Haftung des Verkäufers I S. 146 fg., erscheinen nicht entscheidend, weil zwischen der fahrlässigen oder selbst vorsätzlichen Herbeiführung des Untergangs oder der Verschlechterung der Sache und der Nutzung des Gebrauchswerths der Sache zu eigenem Vortheil in Bezug auf den daraus für den Willen der Aufrechterhaltung des Kaufgeschäfts zu ziehenden Schluß ein erheblicher Unterschied besteht, die Stellen aber, welche die Redhibition bei Wiedererwerb der weiterveräußerten Sache zulassen, die Unterstellung, daß die Sache in Voraussetzung ihrer Kontraktgemäßheit veräußert worden, zulassen. Vergl. Windscheid, Pandekten II § 394 Note 12a, auch die Citate in den Motiven zu dem Entwurfe eines B. G. B. für das Deutsche Reich Bd. II S. 283 zu § 430 des Entwurfs, Seuffert Archiv Bd. 42 S. 132. Gleichwohl dürfen gerade bei dem Redhibitionsverluste, der durch die Benutzung der Kaufsache bewirkt sein soll, wegen der Bedeutung, welche das Verbleiben der Sache in Benutzung sowohl

für die Ermittelung der Beschaffenheit der Sache wie für eine erfolgreiche Beweisführung im Falle des Streits haben kann, die besonderen thatsächlichen Umstände nicht außer Betracht bleiben, da ein Behalten in Benutzung Seitens des Käufers gerade im Hinblick auf die eben erwähnten Zwecke durchaus angezeigt und insbesondere auch in dem berechtigten Glauben, daß in Hinblick hierauf der Verkäufer damit einverstanden sei, erfolgt sein kann. Die in dieser Richtung in Betracht kommenden Umstände hat sich das B. G. nicht vergegenwärtigt. Es hat sich vielmehr daran genügen lassen, daß jene Benutzung im Betriebe dem Abkommen des Bekl. mit seiner Abnehmerin entsprach, dieses Abkommen aber die Kl. nichts anging, während doch, soweit Bekl. bei der Belassung der Maschinen im Betriebe auch im wohl verstandenen Interesse der eventuell redhibitionspflichtigen Kl. handelte, es ihm nicht zum Nachtheil gereichen kann, wenn sein Verhalten sich zugleich mit seiner kontraktlichen Verpflichtung gegen seine Abnehmerin deckte. I. C. S. i. S. Huber c. Elektrotechnische Fabrik Cannstadt vom 15. April 1888, Nr. 62/88 I.

12. Zutreffend sagt der II. R., die Anfechtbarkeit einer Erbschaftsentsagung sei davon bedingt, ob die betreffende Erbschaft schon erworben war oder nicht und dies sei nach den Landesgesetzen zu entscheiden. (Vgl. Reichsgerichtsentscheidung in Nassau und Küntzel Bd. 26 S. 828, dann Motive zur K. K. O. S. 21 p.) VI. C. S. i. S. Dürle c. Kahl vom 20. September 1888, Nr. 149/88 VI.

V. Das Preußische Allgemeine Landrecht.

13. Richtig ist zwar, daß nach dem A. L. R. der Erbpächter nur ein Nutzungsrecht an der Sache erlangt, während das Eigenthum derselben dem Erbpächter verbleibt, §§ 187, 199 Thl. 1 Tit. 21 des A. L. R. Es kann dem B. R. auch zugegeben werden, daß es dem Wesen der Erbpacht nicht widerspricht, daß dem Erbpächter hinsichts der Benutzungsweise des Grundstücks gewisse Einschränkungen auferlegt werden, und daß, wenn bestimmte reale Theile der vererbpachteten Sache von dem Nutzungsrecht des Erbpächters ausgenommen werden, dem Erbverpächter daran das volle Eigenthum verbleibt. Unanwendbar aber ist dieser Grundsatz auf solche Theile des Grund und Bodens, an denen ein selbstständiger Besitz nicht möglich ist. Es mag richtig sein, daß Lagerstücke von Fossilien, Mineralien und dergleichen mehr, wenn sie zuvor genügend aufgeschlossen sind, einen selbstständigen körperlichen Gegenstand des Eigenthums bilden können. Ist dies aber nicht der Fall, sind sie unausgesonderte Bestandtheile des Grund und Bodens, so ist an ihnen ein gesondertes Eigenthum rechtlich nicht möglich. Abgesehen von den dem Bergbaurecht unterworfenen Mineralien und Fossilien, die hier nicht in Betracht kommen, herrscht über diese Frage in Theorie und Praxis kein Streit. — Was aber vom Eigenthum gilt, muß wegen Gleichheit des Grundes auch auf die Erbpachtgerechtigkeit Anwendung finden. Der Erbpachtvertrag gewährt nach § 187 Thl. I Tit. 21 des A. L. R. dem Erbpächter das vollständige Nutzungsrecht der fremden Sache. — Dies erfaßt demgemäß, wenn auch qualitativ schwächer, als das Eigenthum, das die volle rechtliche Herrschaft gewährt, so doch, wie dies, die ganze Sache in allen ihren Theilen. Es ergiebt sich hieraus, daß der Erbpächter, soweit sein Nutzungsrecht reicht, den Erbverpächter von dem Grundstück in allen seinen Bestandtheilen ausschließt und ein nutzbares Eigenthum des Erbverpächters an integrirenden Theilen des Grundstücks neben dem Erbpachtrecht nicht möglich ist. Daß der in dem Gute stehende, zur Zeit des Vertrages noch nicht aufgeschlossene Mergel einen Substanztheil desselben bildete, kann einem Zweifel nicht unterliegen; es folgt also, daß ein dem Recht des Erbpächters analoges Nutzungsrecht daran für den Erbverpächter nicht entstehen konnte, das Erbpachtrecht vielmehr den gesammten, im Gute vorhandenen Mergel mitumfaßte. In Folge des Ablösungsgesetzes vom 2. März 1850 § 2 Nr. 2 ist derselbe mit dem Grundstück Eigenthum des derzeitigen Erbpächters geworden. — Das vormalige Preußische Ober-Tribunal hat zwar wiederholt den Rechtssatz zur Geltung gebracht, daß dem Erbverpächter vorbehaltenes Vorkaufsrecht durch das Gesetz vom 2. März 1850 nicht berührt werde, und daß Beschränkungen des Erbpächters in der Verfügung über das Grundstück in Verbindung mit dem vorbehaltenen Vorkaufsrecht bei vorhandenem besonderem Interesse des Erbverpächters als Nutzungsrechte im Sinne des gedachten Gesetzes angesehen werden könnten. Namentlich ist ein solches Interesse angenommen für den Fall, daß das Vorkaufsrecht durch den Wegfall der Beschränkung in seiner Bedeutung eine wesentliche Aenderung erleiden müßte. Vergl. Striethorst Archiv Bd. 13 S. 152, Bd. 26 S. 51, Bd. 67 S. 202, Bd. 74 S. 318, Bd. 81 S. 129. — Ob diese Ansicht zutrifft, kann hier unerörtert bleiben. Denn selbst wenn man sich auf diesen Standpunkt stellt und ganz von dem Erbpachtsverhältniß absieht, so fehlt doch dem Kläger auch als Vorkaufsberechtigten jedes Interesse an Aufrechterhaltung des Verbotes, den Mergel zu verkaufen. — Verbleibt derselbe im Grund und Boden, so wird der Werth des Grundstücks und somit der Kaufpreis dadurch beeinflußt. — Anderen Falls sinkt der Preis entsprechend und der Vorkaufsberechtigte kommt in die Lage, um so viel billiger das Gut zu erwerben. Es ergiebt sich hieraus, daß, selbst wenn man den § 5 des Ablösungsgesetzes im weitgehendsten Sinne interpretirt, doch das in Rede stehende Veräußerungsverbot nicht unter den Begriff der vorbehaltenen Nutzung subsumirt werden kann. Hat sonach das Untersagungsrecht lediglich in dem Erbpachtverhältniß seinen Grund, so ist es gleichzeitig mit dem Eigenthum des Erbverpächters erloschen und folgt hieraus die Abweisung der Klage. — V. C. S. i. S. Albrecht c. a. Zitzewitz vom 20. September 1888, Nr. 155/88 V.

14. Die Revision rügt, daß der B. R. in dem vom Bekl. behaupteten Thatbestande, eine ausdrückliche Verzeihung im Sinne des § 720 Thl. II Tit. 1 des A. L. R. gefunden hat, obgleich nach seiner eigenen Ausführung aus der zweiten Aeußerung nur in Verbindung mit der ersten die Verzeihung sich ergeben soll, diese also nicht direkten Ausdruck erlangt habe. Die Rüge ist verfehlt. Der B. R. geht davon aus, daß die beiden Aeußerungen mit einander im inneren Zusammenhange stehen, und legt die zweite Aeußerung mit Rücksicht auf ihre Beziehung zur ersteren dahin aus, daß durch dieselbe der Wille der Kl., dem Bekl. die ihm zur Last gelegte Verletzung der ehelichen Treue zu verzeihen, unmittelbar zum Ausdrucke gelangt sei. Damit ist aber ohne Rechtsirrthum die Ausdrücklichkeit der Willenserklärung, wie sie der § 720 a. a. O. verlangt, festgestellt. — Zu vergleichen das in Gruchot's Beiträgen abgedruckte Urtheil des R. G. vom 21. September 1885, Bd. 30

S. 130. — IV. C. S. i. S. v. Berge c. v. Berge vom 20. September 1888, Nr. 119/88 IV.

15. Die Preußische Theorie und Praxis hat darüber geschwankt, ob dem Kinde nach den Vorschriften des § 2 ff. des A. Pr. L. R. Thl. II Tit. 2 überhaupt das Recht zustehe, die gegen dasselbe sprechende Präsumtion durch Gegenbeweis zu entkräften und würde, wenn man mit dem Präjudiz des Königlichen Obertribunals Nr. 302 (Entschd. 2 p. 292) und der neueren Theorie Dernburg, Preußisches Privatrecht III § 43 zu Nr. 4 (p. 140), Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht IV ed. 5 § 219 zu Nr. 41 (p. 126 ff.) dies verneinen wollte, die Klage ohne Weiteres ihre rechtliche Basis verlieren. Will man aber überhaupt dem Kinde eine auf seine Illegitimität gestützte Klage gewähren, so läßt sich diese wenigstens bei der im § 1 loc. cit. ganz allgemein und uneingeschränkt aufgestellten Präsumtion keinenfalls als dem Kinde gegenüber unwirksam ansehen. (efr. Dernburg l. c. Nr. 4). III. C. S. i. S. Wilhelm c. Ramstaedt vom 18. September 1888, Nr. 110/88 III.

16. Aus §§ 341 ff. Thl. II Tit. 18 A. L. R., insbesondere § 345, wonach bei Wahn- und Blödsinnigen die Unterhaltspflichtigen auch die Kosten der Aufsicht, „welche sie nicht selbst übernehmen wollen", hergeben müssen, zieht der B. R. den zutreffenden Schluß, daß dem Bekl. an sich die Wahl zwischen der Unterbringung seiner Ehefrau in einer Heilanstalt oder eigner Aufsicht über dieselbe zustand. — Dem Gesetze entspricht es ferner, wenn der B. R. als Maßstab des nach § 57 Thl. I Tit. 6 A. L. R. vom Bekl. zu vertretenden mäßigen Versehens nur die Vorsicht eines ordentlichen Hausvaters, — einen gewöhnlichen Grad von Aufmerksamkeit, § 20 Thl. I Tit. 3 A. L. R. — annimmt, nicht, wie die Revision verlangt, die äußerste Vorsicht, etwa die Sorgsamkeit eines tüchtigen Irrenwärters, also den Grad vorzüglicher Sachkenntniß oder Fähigkeit, da diese nur bei einer Haftung für geringes Versehen vorausgesetzt wird, §§ 22, 23 am letztgedachten Orte. VI. C. S. i. S. Kühn c. Jonas vom 24. September 1888, Nr. 158/88 VI.

VI. Sonstige Preußische Landesgesetze.

Zu den Stempelgesetzen.

17. Wie das B. G. zutreffend bemerkt, hat das R. G. bereits in mehreren Entscheidungen dargelegt, daß die einem Cessionsinstrumente einverleibten Abreden über Stundung, Verzinsung und hypothekarische Sicherstellung der Cessionsvaluta nicht als besondere stempelpflichtige Geschäfte im Sinne der Nr. 1 der allgemeinen Bestimmungen zum Tarif des Stempelgesetzes vom 7. März 1822, sondern als Bestandtheile des einheitlichen Abtretungsvertrages anzusehen und durch den in der Tarifposition: „Cessionsinstrumente" festgesetzten Stempel gedeckt sind (vergl. insbesondere Urtheil vom 9. Februar 1888 — Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. 20 S. 288 ff. — und Urtheil vom 24. April 1888 in Sachen Kornfeld wider Fiskus — IV. 19/88 —). An dieser — dem angefochtenen Urtheile zu Grunde liegenden — Auffassung wird auch im vorliegenden Falle festgehalten und es genügt, auf die Begründung der angezogenen Entscheidungen zu verweisen, da Seitens des Rkl. neue Argumente für die von ihm vertretene Gegenmeinung nicht vorgebracht sind. Aus derselben ergiebt sich ohne Weiteres, daß in der Hypothekbestellung für die gestundete Cessionsvaluta auch nicht ein besonders zu verstempelndes „Kautionsinstrument" gefunden werden kann. Ebensowenig erscheint es zweifelhaft, daß in der Festsetzung sofortiger Vollstreckbarkeit einer Forderung, wenn solche, wie hier, dem schuldbegründenden Vertrage beigefügt ist, nur eine Modalität desselben, nicht aber ein besonderer Vertrag im Sinne des § 1 Thl. I Tit. 5 des A. L. R. zu erblicken ist. Die von dem Rkl. versuchte Auflösung des einheitlichen Rechtsgeschäfts in eine Reihe gesonderter Geschäfte widerspricht den auch für die Anwendung der Stempelgesetze maßgebenden Grundsätzen des Civilrechts. IV. C. S. i. S. Fiskus c. Walter, vom 27. September 1888, Nr. 136/88 IV.

Zum Erbschaftssteuergesetz.

18. Nach § 4 des Preußischen Erbschaftssteuergesetzes vom 30. Mai 1873 unterliegen Schenkungen der Werthstempelabgabe nur dann, wenn sie schriftlich beurkundet sind. Es ist mithin erforderlich, daß die Schenkung als solche urkundlich gemacht ist, d. h. daß deren wesentliche Merkmale aus der Urkunde zu entnehmen sind. Nun wird nach § 393 Thl. I Titel 16 des A. L. R. die unentgeltliche Entsagung eines bereits erworbenen Rechts einer Schenkung gleich geachtet. Es muß also, um eine Entsagungserklärung zu einer dem Schenkungsstempel unterworfenen zu machen, das Kriterium der Unentgeltlichkeit beurkundet sein und es genügt keineswegs, daß die Gewährung einer Gegenleistung nicht aus der Urkunde hervorgeht. In diesem Sinne hat sich das R. G. bereits in dem Urtheil vom 10. Mai 1883 — IV. 107/83, — (abgedruckt in Gruchot's Beiträgen Bd. 27 S. 1044) ausgesprochen und entsprechende Grundsätze auch in den Fällen zur Anwendung gebracht, in welchen es sich um die Stempelpflichtigkeit von Cessionsinstrumenten handelte, aus denen die Verabredung oder Gewährung einer Cessionsvaluta nicht zu entnehmen war. IV. C. S. i. S. Fiskus c. Rakowski vom 17. September 1888, Nr. 116/88 IV.

VII. Das Französische Recht (Badische Landrecht).

19. Unbegründet ist zunächst die Rüge, es sei die Annahme, daß mit der verbotenen Substitution auch die Institution hinfällig werde, im vorliegenden Fall nach den konkreten Umständen nicht gerechtfertigt. Nach der ausdrücklichen, eine Unterscheidung nach der konkreten Sachlage nicht kennenden Bestimmung des Art. 896 c. c. ist jede Verfügung, welche eine verbotene Substitution enthält, auch hinsichtlich des Institnirten (même à l'égard du donataire, de l'héritier institué ou du légataire) nichtig. Daß aber im vorliegenden Fall eine unter Art. 896 c. c. unterzuordnende Verfügung vorliege, hat das O. L. G. ohne Rechtsirrthum angenommen. II. C. S. i. S. König c. König vom 21. September 1888, Nr. 144/88 II.

M.

Die Anwaltsgebühren und ihre Erstattung im unfallschiedsgerichtlichen Verfahren.

Von Rechtsanwalt Dr. Honigmann in Breslau.

Nach § 50 Absatz 5 des Unfallversicherungsgesetzes vom 6. Juli 1884 werden „die Kosten des Schiedsgerichts sowie die Kosten des Verfahrens vor demselben" von der Berufsgenossenschaft getragen, für deren Bezirk das Schiedsgericht errichtet ist.

Unter den „Kosten des Verfahrens" sind nur die gerichtlichen zu verstehen. Hinsichtlich der außergerichtlichen bestimmt § 18 der Allerhöchsten Verordnung „über das Verfahren vor den auf Grund des Unfallversicherungsgesetzes errichteten Schiedsgerichten" vom 2. November 1885: „Das Schiedsgericht entscheidet auch darüber, ob und in welchem Betrage die unterliegende Partei dem Gegner die ihm in dem Verfahren vor dem Schiedsgericht erwachsenen Kosten zu erstatten hat."

Die in § 50 a. a. O. erwähnten Kosten des schiedsgerichtlichen Verfahrens beschränken sich sonach auf Zustellungskosten, Gebühren der Zeugen und Sachverständigen, (für welche nach § 17 Absatz 3 der angeführten Verordnung vom 2. November 1885 die Gebührenordnung vom 30. Juni 1878 maßgebend ist) und etwaige sonstige z. B. durch Abhaltung von Lokalterminen erwachsende baare Auslagen. Im übrigen ist das schiedsgerichtliche Verfahren gebühren- und stempelfrei. (§ 102 des Unfallversicherungsgesetzes.)

Für das Rekursverfahren vor dem Reichs-Versicherungsamt bestimmen § 19 Absatz 1 und 2 und § 20 der Allerhöchsten Verordnung „betr. die Formen des Verfahrens und den Geschäftsgang des Reichs-Versicherungsamts" vom 5. August 1885: „Das Reichs-Versicherungsamt entscheidet innerhalb der erhobenen Ansprüche nach freiem Ermessen.

Die Entscheidung erstreckt sich auch auf die in dem Verfahren vor dem Reichs-Versicherungsamt den Parteien erwachsenen Kosten und auf die Frage, welcher Kostenbetrag zur zweckentsprechenden Wahrung der Ansprüche und Rechte nothwendig gewesen ist.

Das Verfahren vor dem Reichs-Versicherungsamt ist kostenfrei; ein Ersatz, der durch dieses Verfahren dem Reichs-Versicherungsamt verursachten baaren Auslagen durch die Parteien findet nicht statt."

Eine Vertretung der Parteien im schiedsrichterlichen und Rekursverfahren durch Bevollmächtigte, insbesondere durch Rechtsanwälte ist ausdrücklich vorgesehen. (§ 9 der Verordnung vom 2. November 1885 und § 12 der Verordnung vom 5. August 1885.) Es fragt sich, welche Bestimmungen für die Liquidation und für die Erstattung der Anwaltsgebühren maßgebend sind. Das Reichs-Versicherungsamt hat sich unter dem 28. Mai 1887 dahin ausgesprochen, daß die Gebührenordnung für Rechtsanwälte vom 7. Juli 1879 auf die Vertretung der Parteien im schiedsgerichtlichen und im Rekursverfahren nach dem Unfallversicherungsgesetz keine Anwendung finde. Denn nach § 1 der Gebührenordnung finde dieselbe nur Anwendung auf das vor den ordentlichen Gerichten stattfindende Verfahren, und wenn § 91 der Geb. O. bestimme, daß die Vorschriften dieses Gesetzes „im schiedsrichterlichen Verfahren" entsprechende Anwendung finden sollen, so sei darunter nur ein solches schiedsrichterliches Verfahren zu verstehen, wie es die C. P. O. in § 851 ff. und 872 voraussetze. Das Verfahren vor den Unfallschiedsgerichten sei aber ganz anderer Art. Diese Gerichte, welche lediglich durch das Unfallversicherungsgesetz erst eingeführt seien, würden nicht behufs Entscheidung einzelner Rechtsstreitigkeiten gebildet, stellten vielmehr eine dauernde selbstständige Einrichtung dar. Aber auch eine analoge Anwendung des § 91 a. a. O. auf das unfallschiedsgerichtliche Verfahren erscheine nicht zulässig, weil die Bestimmungen des § 91 selbst bereits Ausnahmen von dem in § 1 der Gebührenordnung festgestellten, das ganze Gesetz beherrschenden Grundsatze darstellten, wonach es sich im Wesentlichen um die Regelung der Vergütung für die Berufsthätigkeit des Rechtsanwalts auf dem durch die Civilprozeßordnung, die Strafprozeßordnung und die Konkursordnung umschlossenen Gebiete handle. Diese Ausnahmebestimmungen seien einer weiteren Ausdehnung nicht fähig. Hiernach sei es geboten, in jedem einzelnen Fall nach der von dem Anwalt zweckentsprechend verwendeten Zeit und nach freiem Ermessen den Betrag seiner Gebühren festzusetzen, wie dies bereits mehrfach in Rekurssachen geschehen sei, wobei gegen die Anwendung der Sätze der Gebührenordnung im Allgemeinen schon der Umstand spreche, daß die Thätigkeit der Anwälte im schiedsgerichtlichen Verfahren durchweg nicht von Belang zu sein brauche.

(Entsch. Nr. 371, vergl. „Arbeiter-Versorgung" Jahrg. 4, S. 367.)

Diesen Ausführungen gegenüber sei Folgendes bemerkt: Wenn es auch richtig ist, daß die Gebührenordnung für Rechtsanwälte sich zunächst nur auf das Gebiet der Reichsjustizgesetze bezieht, und daß das unfallschiedsgerichtliche Verfahren nicht unter das „schiedsrichterliche Verfahren" im Sinne des § 91 Ziff. 1 a. a. O. zu subsumiren ist, so kann es doch zunächst zweifelhaft erscheinen, ob die Fälle des § 91 a. a. O. als restriktiv zu interpretirende „Ausnahmen" von § 1 und nicht vielmehr als Ausflüsse eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes aufzufassen sind, demzufolge die Gebührenordnung auch auf alle übrigen reichsgesetzlich geregelten Fälle eines gerichtlichen Verfahrens außerhalb der Reichsjustizgesetze entsprechende Anwendung finden soll. Eventuell bleibt zu untersuchen, was das Reichs-Versicherungsamt völlig außer Acht gelassen, ob die Frage, nach welchen Grundsätzen die Thätigkeit des Anwalts im unfallschiedsgerichtlichen Verfahren zu vergüten, nicht etwa in den Landesgesetzgebungen ihre Erledigung gefunden hat. So besagt § 1 des Preußischen Ausführungsgesetzes zur Deutschen Gebührenordnung vom 2. Februar 1880:

„Die deutsche Gebührenordnung für Rechtsanwälte vom 7. Juli 1879 findet entsprechende Anwendung auf die Berufsthätigkeit des Rechtsanwalts in den vor besondere Gerichte gehörigen Rechtssachen, auf welche die deutsche Civilprozeßordnung oder die deutsche Strafprozeßordnung Anwendung finden." Die Verhandlungen des Abgeordnetenhauses ergeben, daß auch solche Rechtssachen nicht ausgeschlossen sind, auf welche die Reichsprozeßordnungen nur mit Modifikationen Anwendung finden, wie z. B. Auseinandersetzungssachen. Mit Rücksicht hierauf erachtet es Pfafferoth („Die Geb. Ordng. f. R. A.", Berlin, W. Moeser. 1888. S. 150) für unbedenklich, auch das Verfahren vor den Unfallschiedsgerichten und bezw. in der Rekursinstanz vor dem Reichs-Versicherungsamt hierher zu zählen.

Noch unzweifelhafter lauten die Vorschriften anderer Landesgesetze. So finden die Bestimmungen der Gebührenordnung für Rechtsanwälte vom 7. Juli 1879 entsprechende Anwendung:

in Baden: „in denjenigen Rechtssachen, welche vor besonderen Gerichten oder in besonderem Verfahren zu verhandeln sind",

(V. O. vom 16. September 1879. Walter S. 293.)

in Hessen: „in den vor besondere Gerichte gehörigen Rechtssachen, auf welche die D. C. P. O. oder die D. Str. Pr. O.,

sei es auch nur ergänzend oder mit Beschränkungen, Anwendung finden",

(V. O. vom 27. August 1883. Walter S. 296.)

in Braunschweig: „vor anderen zur Abgabe von Entscheidungen auf Grund eines contradictorischen Verfahrens berufenen, nicht zu den ordentlichen Gerichten gehörenden Behörden",

(Gesetz vom 24. März 1882. Walter S. 303.)

in Anhalt:

„1. in den vor besondere Gerichte gehörigen Rechtssachen, auf welche die D. C. P. O. oder die D. Str. Pr. O. Anwendung finden;

7. im schiedsrichterlichen Verfahren in streitigen Verwaltungssachen",

(Gesetz vom 25. März 1880. Walter S. 307.)

in Elsaß-Lothringen:

„1. in den zur streitigen Gerichtsbarkeit gehörigen Angelegenheiten, welche vor besonderen Gerichten oder in besonderem Verfahren zu verhandeln sind,

2. den zur streitigen Gerichtsbarkeit nicht gehörigen Angelegenheiten, in welchen es sich um Entscheidungen, Urtheile, Beschlüsse, Verfügungen handelt,

3. allen sonstigen Angelegenheiten, welche nicht unter das Gerichtskostengesetz oder Nr. 1 fallen."

(Gesetz vom 3. April 1880. Walter S. 311.)

Nähme man aber an, daß diese Landesgesetze auf das unfallschiedsgerichtliche und bezw. Recursverfahren nicht Anwendung finden, so würde hier eventualissime (soweit nicht etwa andere ältere Landesgesetze eingreifen, die aber noch weit weniger anwendbar erscheinen dürften) die Vergütung der Anwaltsthätigkeit lediglich der **freien Vereinbarung** mit dem Auftraggeber ohne jede gesetzliche Schranke unterliegen, der Rechtsanwalt aber mangels anderer Anhaltspunkte jedenfalls für berechtigt zu erachten sein, dieser Vereinbarung die Vorschriften der Gebührenordnung vom 7. Juli 1879 zu Grunde zu legen, oder auch ohne vorherige Vereinbarung die Sätze dieser Gebührenordnung als angemessene Vergütung zu liquidiren.

Wenn der oben angeführte Bescheid des Reichsversicherungsamts den Schiedsgerichten die Befugniß zuspricht, „in jedem einzelnen Fall nach der von dem Anwalt zweckentsprechend verwendeten Zeit und nach freiem Ermessen den Betrag seiner Gebühren festzusetzen," so kann diese „Festsetzung" offenbar das Verhältniß des Rechtsanwalts zu seinem Mandanten nicht berühren, sondern nur darüber bestimmen, in welcher Höhe die unterliegende Partei dem Gegner die diesem erwachsenen Kosten erstatten soll. Soweit dabei Kosten für die Vertretung durch einen Anwalt in Betracht kommen, wird das Schiedsgericht zunächst in Erwägung zu ziehen haben, ob die Zuziehung eines Anwalts überhaupt zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig war. Die Schiedsgerichte werden geneigt sein, diese Zuziehung in der Regel für entbehrlich, und nur in solchen Fällen für geboten zu erachten, wo es sich um schwierigere Rechtsfragen oder einen verwickelteren Thatbestand handelte. Das dürfte jedoch nur richtig sein, soweit die Vertretung der Berufsgenossenschaften in Frage steht, deren Vorstand allerdings in gewöhnlichen Fällen fähig sein wird, persönlich ohne Rechtsbeistand vor dem Schiedsgericht aufzutreten und zu verhandeln. Von dem Verletzten bezw. den Hinterbliebenen desselben kann man dies jedoch schwerlich erwarten und verlangen. Abgesehen davon, daß sie oft mehr oder weniger weit entfernt vom Sitze des Schiedsgerichts wohnen, sind diese Personen des Arbeiterstandes gemeiniglich viel zu befangen und nicht redegewandt genug, um auch selbst in „einfachen" Fällen ihre Sache selbst vor dem Schiedsgericht zu führen. Man wird ihnen das daher um so weniger zumuthen dürfen, als die von den Schiedsgerichten festzustellende Höhe der Unfallentschädigung ja doch meist für die Betreffenden eine Lebensfrage von allergrößter Wichtigkeit bildet. Es wäre hiernach nur der Sachlage entsprechend, wenn die Schiedsgerichte das Prinzip des § 87 Abs. 2 C. P. O. als Regel adoptiren wollten. Jedenfalls aber erscheint es unzuträglich, daß die Schiedsgerichte in denjenigen Fällen, wo sie die Zuziehung eines Anwalts an sich als nothwendig anerkennen, die Höhe der zu erstattenden Anwaltskosten nach freiem Ermessen festsetzen. Vielmehr müßte die obsiegende Partei in diesen Fällen die Erstattung aller Kosten verlangen dürfen, welche sie selbst ihrem Anwalt zu zahlen verpflichtet ist, es müßte also nach unseren obigen Ausführungen die Gebührenordnung vom 7. Juli 1879 der Festsetzung zu Grunde gelegt werden. Sonst würde die Partei, trotzdem sie obsiegt, und trotzdem sie sich eines Anwalts bedienen mußte, dennoch einen Theil der Kosten desselben zu tragen haben, während der Anwalt nicht selten in den falschen Verdacht kommen würde, mehr zu liquidiren, als ihm von Rechtswegen gebührt.

Uebrigens fehlt es für das freie Ermessen der Schiedsgerichte bei der Werthtaxirung der Anwaltsthätigkeit an jedem zutreffenden und gleichmäßigen Maßstab. Wenn der Bescheid des Reichs-Versicherungsamts „die zweckentsprechend verwendete Zeit" als solchen Maßstab hinstellt, so erhellt weder, wie das Schiedsgericht diese Zeit ermitteln, noch welche Vergütung für irgend eine Zeiteinheit gewährt werden soll. Bekanntlich wollte der Entwurf der Gebührenordnung vom 7. Juli 1879 in § 89 dem Rechtsanwalt subsidiär bei allen von dem Gesetz nicht ausdrücklich geregelten Geschäften ein Honorar von 3 M. für jede Stunde der auf die Ausführung des Geschäfts verwendeten Zeit zubilligen, wobei die angefangene für voll berechnet werden sollte; die Reichstagskommission und der Reichstag aber verwarfen das Prinzip der „Belohnung nach der Stunde" und schrieben statt dessen vielmehr die „entsprechende Anwendung" der Bestimmungen der Gebührenordnung vor. (Walter S. 258ff.) Um so eher wird man behaupten dürfen, daß die analoge Anwendung der Geb.-Ordng. vom 7. Juli 1879 auch in den nicht in § 91 derselben besonders aufgeführten Fällen reichsgesetzlich geregelter Prozeßverfahren sicherlich den Intentionen des Gesetzgebers durchaus entspricht.

Welchen Maßstab die Schiedsgerichte mitunter bei der Würdigung der Anwaltsthätigkeit anlegen, zeigt folgender Fall: Der Müllergeselle T. in Lauban hatte gegen den Bescheid der Berufsgenossenschaft, durch welchen seine bisherige Unfallrente von 243 Mark jährlich auf die Hälfte herabgemindert werden sollte, die Berufung an das Schiedsgericht eingelegt, dessen Sitz sich in Breslau befindet. Zwei Tage vor dem Verhandlungstermine übertrug er mir seine Vertretung und ertheilte mir Information. Ich fertigte einen materiellen Schriftsatz an und nahm den Termin wahr, in welchem auch der Mandant persönlich

erschien. Das Schiedsgericht erkannte, daß die Rente nur um ⅕ zu mindern sei, und setzte die Reisekosten des T. seiner Liquidation entsprechend auf 9 Mark, die Anwaltsgebühren aber unter Bezugnahme auf den oben mitgetheilten Bescheid des Reichs-Versicherungsamts auf — drei Mark fest. Nach der Gebührenordnung vom 7. Juli 1879 würden sie 64 Mark betragen haben.

Unter solchen Umständen wird ein gewissenhafter Anwalt sich für verpflichtet halten, die Partei, die ihm ihre Vertretung vor dem Schiedsgericht übertragen will, darauf hinzuweisen, daß sie die ihm nach seiner Ansicht gesetzlich zustehenden Gebühren voraussichtlich auch im Falle des Obsiegens nur zum kleinsten Theil erstattet erhalten werde, und die Partei wird sich alsdann nicht selten veranlaßt sehen, auf seinen Rechtsbeistand zu verzichten.

Es mag zugegeben werden, daß die Sätze der Gebührenordnung bei größeren Objekten in einfachen Sachen zu der aufgewendeten Thätigkeit in keinem Verhältniß stehen. Dafür muß sich der Anwalt bei kleinen Objekten in schwierigen Sachen mit unverhältnißmäßig geringen Sätzen begnügen. De lege ferenda wäre vielleicht empfehlenswerth, für die Vertretung vor den Unfallschiedsgerichten bezw. vor dem Reichs-Versicherungsamt feste Sätze, wie in Strafsachen, einzuführen. So lange der Anwalt aber nach der Gebührenordnung liquidiren darf und muß, müßte diese auch bei der Festsetzung der zu erstattenden Kosten zu Grunde gelegt werden.

Was schließlich das Verfahren bei dieser Festsetzung anbetrifft, so hat das Reichs-Versicherungsamt folgende Grundsätze aufgestellt:

Von Amtswegen — wie nach § 279 Abs. 2 C. P. O. — sei über den Kostenpunkt nicht zu entscheiden, vielmehr nur dann, wenn im Laufe des Verfahrens bis zur Urtheilsfällung ein diesbezüglicher Antrag gestellt worden.

(Entsch. Nr. 293. „Arbeiter-Versorgung" Jahrg. IV. S. 261.)

In der Regel sei also in dem schiedsgerichtlichen Urtheil selbst mit darüber zu befinden, ob und ev. in welchem Betrage die Anwaltskosten der obsiegenden Partei von der unterliegenden zu erstatten sind. Diese Entscheidung könne nur in Verbindung mit der Hauptsache selbst angefochten werden, da nach § 63 des Unfallversicherungsgesetzes der Rekurs auf die Fälle des § 57 Ziffer 2 a. a. O. beschränkt sei.

(„Arb.-Versorg." Jahrg. III. S. 543.)

Das Schiedsgericht dürfe jedoch auch im Urtheil über die Erstattungspflicht an sich vorbehaltlich der Festsetzung des Betrages entscheiden, letztere könne dann zunächst im Wege der Verfügung des Vorsitzenden erfolgen, wogegen Beschwerde an das Schiedsgericht zustehe, eine weitere Beschwerde aber nicht gegeben sei.

(„Arb.-Versorgung". Jahrg. V. S. 121.)

Wen treffen die Kosten des Interventionsprozesses bei sofortiger Anerkennung des klägerischen Eigenthums seitens des Beklagten?

Unter dieser Ueberschrift ist in Bd. VII S. 541 der von Busch begründeten „Zeitschrift für deutschen Civilprozeß" eine Entscheidung des Amtsgerichts zu Brandenburg mitgetheilt, die an Hand des daselbst dargelegten Thatbestandes zu dem Schlusse kommt, daß die Kosten des Verfahrens beiden Theilen je zur Hälfte zu belasten seien. Die Herausgeber der genannten Zeitschrift haben in einer Anmerkung hierzu ausgeführt, daß sich hinsichtlich der Entscheidung des Kostenpunkts in Interventionsprozessen eine feste Praxis bisher nicht gebildet habe. Angesichts dessen dürfte nachstehendes Erkenntniß des Landgerichts zu D. vom 7. Mai 1888 von Interesse auch für weitere Kreise sein:

Interventionsbeklagte ließ wegen einer Alimentationsforderung verschiedene im Besitz ihres Schuldners (eines Arbeiters der Interventionsklägerin) befindliche Werkzeuge (Gasmotor ꝛc.) pfänden. Klägerin forderte die Freigabe der Gegenstände, die laut Vertrag ihr Eigenthum seien, welche Aufforderung der Anwalt derselben späterhin wiederholte. Der beklagtische Anwalt erklärte, er sei zur Freigabe bereit, wenn ihm das klägerische Eigenthum am Gasmotor und die Identität des angeblich der Klägerin gehörigen Gasmotors mit dem gepfändeten glaubhaft gemacht seien. Darauf sandte Klägerin eine Abschrift eines Leihvertrags an ihn ein, worauf beklagtischer Vertreter erwiderte, er werde den Motor freigeben, sobald ihm eine beglaubigte Abschrift des Leihvertrags übermittelt und der Nachweis der Identität erbracht werde. —

Mittlerweile war der Versteigerungstermin herangekommen, weshalb Klage auf Anerkennung der besseren Rechte und Freigabe der Pfänder erhoben wurde. Derselben war eine beglaubigte Abschrift des Leihvertrages angeschlossen. Nunmehr gab Beklagte den gepfändeten Gasmotor frei, so daß nur bezüglich der Kosten des Verfahrens kontradiktorisch verhandelt wurde. — Hiernächst ist erkannt:

„Die klagende Firma ist schuldig, die Kosten des Verfahrens zu tragen. Dieses Urtheil wird für vorläufig vollstreckbar erklärt."

In den Gründen ist ausgeführt;

„Nach § 712 der C. P. O. unterliegen alle im Gewahrsam des Schuldners befindlichen körperlichen Sachen ohne Weiteres der Pfändung, während nach § 713 l. c. die Pfändung von Sachen, die im Gewahrsam eines Dritten sich befinden, nur dann stattfinden kann, wenn dieser Dritte zur Herausgabe bereit ist oder wenn ein vollstreckbarer Schuldtitel gegen ihn vorliegt. Schon hieraus ergiebt sich, daß eine gewisse Präsumtion dafür spricht, daß im Gewahrsam des Schuldners befindliche Mobilien dessen Eigenthum sind; macht ein Dritter Ansprüche auf im Besitz des Schuldners befindliche, von einem Gläubiger gepfändete Mobilien, so hat der Dritte seine Ansprüche zu beweisen und nöthigen Falls auf dem Klageweg geltend zu machen, eine vorläufige Einstellung der Zwangsvollstreckung kann er nach § 688 C. P. O. nur dann erwirken, wenn er seine Ansprüche glaubhaft macht. Ebenso kann aber auch der Gläubiger, dem gegenüber Ansprüche an gepfändeten Mobilien geltend gemacht werden und von dem zunächst außergerichtlich Freigabe der Pfänder verlangt wird, verlangen, daß ihm die betreffenden Ansprüche glaubhaft gemacht werden. Es kann dem Gläubiger nicht zugemuthet werden, ohne weiteres auf die bloße Behauptung eines Dritten, welcher Ansprüche an gepfändeten im Besitz des Schuldners befindlichen Mobilien macht, die Pfänder freizugeben. Der Dritte hat dem Gläubiger gegenüber seine Ansprüche und die

Identität des gepfändeten Gegenstands mit demjenigen, an welchem der Dritte Ansprüche erhebt, glaubhaft zu machen, bevor er Freigabe der Pfänder verlangen kann. Die Beklagte hat daher mit Recht Zusendung einer beglaubigten Abschrift des Leihvertrages und Glaubhaftmachung der Identität von der Klägerin verlangt, bevor sie die Pfänder freigab. Die Beklagte hat sofort nach Zustellung der Klage, die eine beglaubigte Abschrift des Miethvertrages enthielt, den gepfändeten Gasmotor freigegeben. Da aber Klägerin vor der Klageerhebung ihre Ansprüche der Beklagten gegenüber nicht glaubhaft gemacht hat, so hat Beklagte durch ihr Verhalten keinen Anlaß zur Erhebung der Klage gegeben. Die Beklagte hat sofort nach der Klageerhebung den Klageanspruch anerkannt und nachgegeben und waren daher nach § 89 C. P. O. der Klägerin die Prozeßkosten zur Last zu setzen." L.

Personal-Veränderungen.

Zulassungen.

Wilh. Busch beim Amtsgericht Karthaus; — Johann Eberhard Pavenstedt bei der Kammer für Handelssachen Bremerhaven; — Carl Biebig beim Amts- und Landgericht Stendal; — Johann Winter beim Landgericht Neuburg a. D.; — Ernst Emil Arthur Letz beim Oberlandesgericht Hamburg; — Sylvin Heymann beim Landgericht Ostrowo.

Löschungen.

Hermann Loeffke beim Amtsgericht Pillkallen; — Dr. Th. Schmidt bei der Kammer für Handelssachen Worms; — Josef Rückerl beim Oberlandesgericht und Landgericht München I und II; — Hans Winter beim Amtsgericht Neustadt a. A.; Justizrath Dr. Lenz beim Landgericht Greifswald.

Die Herren Mitglieder der Anwaltskammer zu Berlin werden hiermit zur ordentlichen Versammlung der Anwaltskammer auf den

24. November d. J. Nachmittags 4 Uhr

in den **großen Sitzungssaal im Kammergerichtsgebäude, Lindenstraße Nr. 14, I Treppe,** hierselbst berufen.

Tages-Ordnung.

1. Bericht der Revisoren und Decharge-Ertheilung betreffs der Rechnung pro 1886/1887.
2. Rechnungslegung pro 1887/1888 und Wahl der Revisoren.
3. Wahl dreier Vorstandsmitglieder in Stelle der aus dem Vorstande ausgeschiedenen Herren Geheimer Justizrath Geppert, Justizrath Wolff und Justizrath Frommer.

Berlin, den 8. Oktober 1888.

Der Vorsitzende
des Vorstandes der Anwaltskammer
Laué
Geheimer Justizrath.

Für die Redaktion verantw.: S. Haenle. Verlag: W. Moeser Hofbuchhandlung. Druck: W. Moeser Hofbuchdruckerei in Berlin.

№ 48 und 49. Berlin, 10. November. 1888.

Juristische Wochenschrift.

Herausgegeben von

S. Haenle, Justizrath, Rechtsanwalt in Ansbach.

und

M. Kempner, Rechtsanwalt beim Landgericht I. in Berlin.

Organ des deutschen Anwalt-Vereins.

Preis für den Jahrgang 20 Mark. — Inserate die Zeile 40 Pfg. — Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt.

Inhalt.

Aufsätze für die Juristische Wochenschrift, welche acht Spalten überschreiten, können nur ausnahmsweise angenommen werden. Aufsätze, welche sich auf Angelegenheiten des Anwaltstandes und die Reichsjustizgesetze beziehen, erhalten den Vorzug.

Die Redaktion.

Vom Reichsgericht.*)

Wir berichten über die in der Zeit vom 16. bis 31. Oktober 1888 ausgefertigten Erkenntnisse.

I. Die Reichsjustizgesetze.

Zum Gerichtsverfassungsgesetz.

1. Von dem II. C. S. des O. L. G. zu N. war der 17. Oktober 1888 als Termin zur mündlichen Verhandlung über die von dem Bekl. gegen das Urtheil des L. G. zu X. vom 7. April 1888 eingelegte Berufung bestimmt worden. Darauf hat der Kl. mit Eingabe vom 24. August 1888 und nach der Niederschrift vom 21. September 1888 den Vorsitzenden des II. C. S., A., die ständigen Mitglieder des Senats, die Oberlandesgerichtsräthe B., C., D. und E., sowie von den regelmäßigen Vertretern derselben den Oberlandesgerichtsrath F. als Richter abgelehnt. Für den II. C. S. sind gegenwärtig, wie der Vorsitzende zu den Akten bemerkt, nur noch drei regelmäßige Vertreter vorhanden. Der Senat ist daher vorläufig außer Stande, über das Ablehnungsgesuch Entschließung zu fassen. Gleichwohl darf er nicht als beschlußunfähig angesehen werden. In §§ 66 und 121 des G. V. G. ist der Weg zur Herstellung der Beschlußfähigkeit vorgezeichnet. Der Präsident des O. L. G. hat an Stelle der verhinderten Senatsmitglieder zeitweilige Vertreter zu ernennen. Die Füglichkeit dazu bietet die sonstige Besetzung des O. L. G. Nur wenn bei dem Gerichte nicht noch weitere Richter, welche die Vertretung übernehmen könnten, verwendet wären, würde der Senat beschlußunfähig sein. Die §§ 66 und 121 des G. V. G. finden gerade in dem hier vorliegenden Falle Anwendung, wenn zeitweilig auch die bestimmten regelmäßigen Vertreter der ständigen Senatsmitglieder zur Besetzung des Gerichts mit der vorgeschriebenen Zahl von Mitgliedern nicht ausreichen. Die Bedenken, welche der Präsident des O. L. G. in dem Beschlusse vom 28. September 1888 hiergegen erhoben hat, können nicht anerkannt werden. Daß unter dem Worte „Mitglied“ (in § 66) auch ein stellvertretendes Mitglied zu verstehen sei,“ wird in dem durch die Entscheidungen in Civilsachen Bd. 16, Nr. 102 S. 413 ff. veröffentlichten Beschlusse des R. G. keineswegs ausgesprochen. Die Zuständigkeit des im Instanzenzuge höheren Gerichts zur Entscheidung über das Ablehnungsgesuch des Kl. muß demnach verneint werden. Das R. G. hätte gemäß § 45 Abs. 1 der C. P. O. lediglich dann in erster Instanz zu entscheiden, wenn die Beschlußfähigkeit des II. C. S. des O. L. G. durch das Ausscheiden der abgelehnten Mitglieder aufgehoben würde. Da dies nicht zutrifft, so waren die Akten dem Königlichen O. L. G. zur eigenen Beschlußfassung zurückzusenden. VI. C. S. i. S. Protze c. Finzsch vom 8. Oktober 1888, B. Nr. 107/88 VI.

Zur Civilprozeßordnung.

2. Die Auslegung des § 6 der C. P. O., wonach der Werth des Pfandgegenstandes maßgebend sein soll, welchen derselbe als Befriedigungsobjekt für den Gläubiger hat, demnach vorhergehende Pfandforderungen in Abzug zu bringen seien, findet im Gesetze keine Unterstützung. Vielmehr spricht der ganze Inhalt des § 6 gegen eine solche Einschränkung durch Berücksichtigung des in Aussicht stehenden materiellen Erfolges. Wenn nämlich diese Rücksichtnahme vom Gesetzgeber gewollt wäre, so müßte sie nicht nur beim Gegenstande des Pfandrechts eintreten, sondern auch dann, wenn der Besitz einer Sache Gegenstand des Streites, das Interesse an Erlangung derselben aber durch Belastungen gemindert ist und ebenso müßten bei einer Forderung die zu deren Befriedigung vorhandenen Mittel in Betracht gezogen werden. Zu einer derartigen Abwägung und Schätzung ermächtigt aber der § 6 nicht; sein Zweck ist

*) Nachdruck ohne Angabe der Quelle verboten.

vielmehr, von dem durch § 3 dem Richter gewährten freien Ermessen wenigstens **insofern** eine Abweichung festzustellen, als durch ihn, ebenso wie durch die §§ 7, 8 und 9, für die Werthschätzung in einzelnen besonderen Fällen, in welchen nach der früheren Praxis die Feststellung des Werthes des Streitgegenstandes nach verschiedenen Grundsätzen geschah, nunmehr dem Richter leitende Grundsätze an die Hand gegeben werden. Wenn diesen leitenden Grundsätzen gegenüber noch ein richterliches Ermessen in Rücksicht auf das Maß der zu erwartenden Befriedigung des Gläubigers zulässig wäre, so müßte der geringere Werth des Gegenstandes des Pfandrechts auch maßgebend sein, wenn mit der Pfandklage die Schuldklage verbunden worden ist, jedenfalls dann, wenn das Pfandobjekt sich als der einzige Gegenstand für die Befriedigung des Klägers darstellt. Von keiner Seite wird aber bezweifelt, daß in einem solchen Falle der Werth des Streitgegenstandes immer durch den Betrag der Forderung bestimmt werde, wenn derselbe auch den Werth des Gegenstandes des Pfandrechts übersteigt. Dazu kommt noch, daß der Abzug vorgehender Pfandeinträge keineswegs in allen Fällen so einfach zu berechnen ist wie im vorliegenden. Bei der Verschiedenheit der im Deutschen Reiche geltenden Pfandrechte würde die Einschränkung des § 6 mit Rücksicht auf die aus dem Pfandobjekte zu erlangende Befriedigung häufig zu verwickelten Untersuchungen über Gültigkeit oder Erlöschung der Pfandeinträge, über das Bestehen privilegirter und eintragsfreier Hypotheken, bei Generalhypotheken zu schwierigen Berechnungen, bei Grundschulden zur Ermittelung der bereits ausgegebenen Schuldbriefe führen. Solche Weitläufigkeiten und Schwierigkeiten kann aber der Gesetzgeber nicht gewollt haben, auch nicht, daß die Abrechnung vorgehender Hypotheken stattfinde, je nachdem sie leicht durchzuführen ist oder nicht. II. C. S. i. S. Theiß c. van Baeele vom 12. Oktober 1888, B. Nr. 107/88 II.

3. Das O. L. G. hat festgestellt, daß die (gegen eine Aktiengesellschaft gerichtete) Klagschrift dem F. (welcher nicht Vorstandsmitglied) für die Bekl. nach Ablauf der gewöhnlichen Geschäftsstunden nicht im Geschäftslokale der Bekl., sondern in der Wohnung des F. zugestellt sei. Als Ersatzzustellung aufgefaßt, litt also diese Zustellung den Vorschriften des § 169 der C. P. O. gegenüber unzweifelhaft an einem doppelten Mangel. Die Erheblichkeit der Behauptung aber, daß die Klagschrift von F. alsbald nach Empfang derselben an den Vorstand abgesandt und diesem zu Händen gekommen sei, ist vom B. G. mit Recht verneint worden. Der jetzt erkennende Senat des R. G. erachtet, wie der I. C. S. desselben (Entscheidungen in Civilsachen, Bd. 14 S. 338 f.), eine solche nachträgliche Heilung von Mängeln der Ersatzzustellung für ausgeschlossen und tritt den von dem letzteren ausgeführten Gründen bei. Freilich hat der III. C. S. des R. G. in der in den Entscheidungen in Civilsachen, Bd. 17 S. 405 ff., abgedruckten Entscheidung die entgegengesetzte Ansicht vertreten; aber der vorgängigen Einholung einer Entscheidung der Vereinigten C. S. über die Rechtsfrage nach § 137 Abs. 1 des G. V. G. bedurfte es dessenungeachtet nicht, weil der III. C. S. inzwischen in einem Urtheile vom 3. Juli 1888 (Rep. III 134/88) seine frühere Ansicht aufgegeben und sich derjenigen des I. C. S. angeschlossen hat. VI. C. S. i. S. Meyrahn c. Deutsche Lokal- und Straßenbahngesellschaft zu Dortmund vom 29. September 1888, Nr. 153/88 VI.

4. Entscheidend für die Beurtheilung des Wiedereinsetzungsgesuches der Kl. ist die Frage, ob es der Kl., wenn ihrem am 12. Januar 1888 bei dem B. G. eingegangenen Antrag auf Bewilligung des Armenrechts im ordentlichen Geschäftsgange stattgegeben worden wäre, möglich gewesen sein würde, die Berufung rechtzeitig einzulegen. Diese Frage ist zu bejahen, da vom genannten Tage an noch zehn Tage bis zum Ablauf der Berufungsfrist offenstanden. Hiernach kann nicht, wie der B. R. meint, ein Verschulden der Kl. darin gefunden werden, daß sie das Armenrechtsgesuch nicht schon früher eingelegt hat. Insbesondere liegt ein solches Verschulden nicht darin, daß sie nicht die Möglichkeit einer Abweisung ihres Antrages und die Eventualität des Beschwerdeverfahrens mit in Rechnung gezogen hat. Nach Lage der Sache ist auch nicht anzunehmen, daß die Versäumung der Nothfrist durch verspätete Einlegung der Beschwerde gegen den abweisenden Beschluß des B. R. seitens der Kl. verschuldet worden ist. Der B. R. ist allerdings der Ansicht, daß wenn Kl. die Beschwerde gegen den ihr am 14. Januar zugestellten Beschluß noch an demselben Tage an das R. G. gerichtet hätte, ihr eventuell die Zustellung der Berufung bis zum 21. Januar ermöglicht worden wäre. Allein selbst wenn man dies gelten läßt, so kann es doch der Partei nicht als Verschulden angerechnet werden, daß sie nicht umgehend, an demselben Tage, an welchem sie Kenntniß von dem sie beschwerenden Beschluß erhält, den Weg der Beschwerde beschreitet. Nur unter dieser Voraussetzung aber würde auch bei sehr schleuniger Behandlung der klägerischen Beschwerde die rechtzeitige Erhebung der Berufung allenfalls möglich gewesen sein. I. C. S. i. S. Wisniewski c. Germania vom 3. Oktober 1888, Nr. 192/88 I.

5. Das B. U. geht von der Voraussetzung aus, daß der Rechtsanwalt S. schon vor Ablauf der Berufungsfrist, beziehungsweise bereits am 12. April 1888 in der Liste der Rechtsanwälte des Landgerichts X. gelöscht worden sei. Die Revision rügt, daß unter dieser Voraussetzung gemäß § 221 der C. P. O. eine Unterbrechung des Verfahrens hätte angenommen werden müssen. Diese Rüge ist nicht begründet, da die Löschung des Rechtsanwalts S., auch zufolge der Annahme des B. R., erst nach Zustellung des landgerichtlichen Urtheils, also nach Schluß der Instanz stattgefunden hat. Entscheidungen des R. G. in Civilsachen, Bd. 13 S. 310. Dagegen war die Beschwerde der Kl. über die Versagung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand für gerechtfertigt zu erachten. Die Ausführung des B. R., daß § 213 der C. P. O. im vorliegenden Fall nicht anwendbar sei, ist nicht zutreffend. In der Regel wird zwar im Fall des § 213 die Sache so liegen, daß das dem Gerichtsvollzieher Behufs der Zustellung übergebene Schriftstück dem Adressaten nach Ablauf der Nothfrist wirklich zugestellt worden ist. Allein es folgt weder aus dem Wortlaut noch aus dem Inhalt der gedachten Bestimmung, daß diejenigen Fälle, in denen die Zustellung gar nicht erfolgt ist, von derselben überhaupt nicht betroffen werden. Der Annahme des B. R. in Bezug auf den Grund der unterbliebenen Zustellung macht die Revision mit Recht den Vorwurf mangelhafter Begründung. Wie sich aus der in der dritten Beilage zum Deutschen Reichsanzeiger vom

27. April 1888 enthaltenen Bekanntmachung des Präsidenten des Königlichen Landgerichts X. ergiebt, ist der Rechtsanwalt S. erst am 23. April in der Liste der dortigen Rechtsanwälte gelöscht worden. Nicht seine Löschung, sondern die Verlegung seines Wohnsitzes nach A. war also der Grund, aus welchem der Gerichtsvollzieher die Zustellung an den Rechtsanwalt S. nicht bewirkt hat. Etwas Anderes konnte der B. R. nach Lage der Sache auch aus dem Parteivorbringen nicht entnehmen. Die Unfähigkeit des Rechtsanwalts S. zur Vertretung des Bekl. ist erst am 23. April, also erst nach Ablauf der Berufungsfrist eingetreten. Entscheidungen des R. G. in Civilsachen, Bd. 19 S. 401. Der Gerichtsvollzieher hätte mithin ordnungsmäßig die ihm am 10. April übergebene Berufungsschrift dem S. an seinem damaligen Wohnort, in A. zustellen müssen. Gerade für einen solchen Fall, in welchem die Versäumung der Nothfrist dadurch bewirkt wird, daß der Gerichtsvollzieher mit dem ihm spätestens am dritten Tag vor Ablauf der Frist eingehändigten Schriftstück nicht nach den Vorschriften der Prozeßordnung verfährt, soll § 213 a. a. O. Schutz gewähren. Der hiernach für begründet zu erachtende Anspruch des Kl. auf Wiedereinsetzung wird auch nicht dadurch beseitigt, daß der Gerichtsvollzieher dem Kl. das an den Rechtsanwalt S. adressirte Schriftstück zurückgegeben und daß Kl. ihm demnächst, nach Ablauf der Nothfrist, eine nur an den Bekl. in Person adressirte Berufungsschrift übergeben hat. In diesem Verhalten des Kl. ist weder eine Zustimmung zu dem Verfahren des Gerichtsvollziehers noch ein Verschulden zu erblicken, letzteres um so weniger, als nichts dafür vorliegt, daß Kl. bei Rückempfang des ersten Schriftstücks von der Verlegung des Wohnsitzes des S. in Kenntniß gesetzt worden ist, beziehungsweise daß er diese Kenntniß bereits anderweit erlangt hatte. Aus dem Umstand, daß der Vertreter des Kl. die in der Berufungsinstanz an ihn gerichtete Frage unbeantwortet gelassen hat, sind in dieser Hinsicht keine Schlüsse zu ziehen; die Folgerung, die der B. R. hieraus gezogen hat, Kl. habe schon am 12. April gewußt, daß die Zustellung an den Bekl. persönlich erfolgen müsse, steht in Widerspruch mit den Thatsachen. I. C. S. i. S. Neumann c. Scheuerbrandt vom 10. Oktober 1888, Nr. 204/88 I.

6. Der Kl. hat gerügt, daß, wenn einmal angenommen wurde, daß die Klagschrift nicht ordnungsmäßig zugestellt, also im Sinne des § 230 Abs. 1 der C. P. O. die Klage gar nicht erhoben sei, dann auch nicht durch ein Urtheil die letztere hätte abgewiesen werden dürfen. Eine ähnliche Auffassung findet sich z. B. auch bei v. Wilmowski und Levy, C. P. O. (Auflage 4), Bd. 1, Anm. 1 zu § 159, vertreten, wonach in einem Falle dieser Art das Gericht seine Entscheidung etwa durch Beschluß abzulehnen hätte. Jedoch abgesehen davon, daß der Kl. durch diesen Verstoß keinenfalls beschwert sein würde, da es sich ja nicht um eine Abweichung in der Sache selbst, sondern nur um Zurückweisung der Klage eben als einer noch gar nicht ordnungsmäßig erhobenen handelt, ist der Angriff überhaupt ganz grundlos. Der Anspruch nämlich ist doch jedenfalls in der mündlichen Verhandlung erhoben worden (vergl. auch § 254 der C. P. O.), und es mußte daher über ihn durch Urtheil entschieden werden, sei es auch nur, um ihn als nicht in beachtlicher Weise erhoben zurückzuweisen, wie im vorliegenden Falle geschehen ist. VI. C. S. i. S. Meyrahn c. Deutsche Straßenbahngesellschaft zu Dortmund vom 29. September 1888, Nr. 153/88 VI.

7. Die gerügte Verletzung des § 431 der C. P. O. hat nicht stattgefunden. Das Verfahren im Falle einer Abänderung des Eidessatzes ist zwar direkt im Gesetze nicht geregelt, und die Gesetzesmaterialien enthalten gleichfalls keine hierher einschlagenden Ausführungen. Allein aus den Worten des § 431 „selbst, wenn der Eid bereits durch bedingtes Endurtheil auferlegt ist“ leitet sich von selbst die Folgerung ab, daß ein neues Urtheil über die Abänderung der Eidesnorm nicht zu erlassen. Vielmehr wird, wenn beide Theile und das Gericht über die Abänderung einverstanden sind, der Eid sofort in der abgeänderten Fassung abzunehmen sein; wenn aber Widerspruch erfolgt, hat die neue Formulirung durch Beschluß des Prozeßgerichtes zu geschehen und ist hierauf sofort zur Eidesabnahme zu schreiten. Für selbstständige Anfechtung des bezüglichen Beschlusses fehlt es an jeder gesetzlichen Grundlage; die Anfechtung erfolgt vielmehr mit dem Rechtsmittel gegen die purgatoria. In diesem Sinne wird auch in der Literatur vorwürfige Frage behandelt; vergl. die Kommentare von Seuffert, Struckmann und Koch, Hellmann, v. Wilmowski und Levy &c. zu § 431 der C. P. O. Das vom B. G. eingehaltene Verfahren ist sohin als dem Gesetze entsprechend zu bezeichnen. VI. C. S. i. S. Garleb c. Fischer-Odrich vom 4. Oktober 1888, Nr. 161/88 VI.

8. Die Revision sucht in erster Linie auszuführen, daß die Berufung der Bekl. als unzuläßig habe verworfen werden müssen. Insoweit ist die Revision ohne Rücksicht auf den Werth des Beschwerdegegenstandes zuläßig (C. P. O. § 509), aber unbegründet. Die Berufungsbeschwerde der Bekl. ging, soweit sie die Hauptsache betrifft, dahin, daß über den Wortlaut ihres Anerkenntnisses hinaus, obwohl nur auf dieses Anerkenntniß gestützt, das erste Urtheil sie verpflichte die Ausschließlichkeit des klägerischen Fischereirechts nicht nur ihnen, den Bekl. selbst gegenüber, sondern auch Dritten gegenüber, anzuerkennen, und daß, wenn der I. R. in den Entscheidungsgründen ausführe, daß unter der in der Urtheilsformel dem Kl. zugesprochenen ausschließlichen Berechtigung etwas Andres, als was die Bekl. anerkannt hätten, nämlich eine die Theilnahme der Bekl. ausschließende Berechtigung nicht verstanden werden könne und solle, der Richter auch verpflichtet gewesen wäre, dieses Letztere, im wörtlichen Anschluß an ihre Erklärung, in der Urtheilsformel auszusprechen. Eine Beschwerde darüber, daß dies nicht geschehen sei, ist immerhin denkbar, und das muß für die Zulassung der Berufung genügen. Ob die Beschwerde auch begründet, das auf andere Fassung der Urtheilsformel gerichtete Verlangen der Bekl. berechtigt sei, kommt, wie der B. R. mit Recht annimmt, für die Zulässigkeit des Rechtsmittels nicht in Betracht. War aber gegen die Entscheidung in der Hauptsache die Berufung, und zwar wie in Uebereinstimmung mit den Entscheidungen des R. G. vom 18. Oktober 1883 und 30. April 1884 (Bd. 10 S. 309, Bd. 13 S. 390) gefordert werden mußte, zulässiger Weise, eingelegt werden, so stand auch die Vorschrift des § 94 der C. P. O. der Erhebung einer Beschwerde über die Entscheidung wegen der Prozeßkosten nicht mehr entgegen. Daß es den Bekl. wesentlich auf eine Aenderung dieser letzteren Entscheidung angekommen sein mag, ist unerheblich; waren sie formell in der Lage, eine zulässige Berufung in der Hauptsache

einlegen zu können, so war es keine Umgehung des Gesetzes, wenn sie dies benutzten, um dem rein exceptionellen Verbote der Anfechtung der Kostenentscheidung ohne gleichzeitige Einlegung eines Rechtsmittels in der Hauptsache auszuweichen. Der von dem Rkl. herangezogene Begriff der Simulation trifft nicht zu. Der in der oben erwähnten Entscheidung vom 30. April 1884 behandelte Fall war von dem vorliegenden verschieden. Dort war in I. J. in der Hauptsache ganz so erkannt worden, wie der Berufungekl. beantragt hatte. Das R. G. hat entschieden, daß gegen ein solches Urtheil die Berufung nicht statthaft sei, auch durch eine Erweiterung des Antrages für die Berufungsinstanz nicht statthaft gemacht werden könne, und die Unstatthaftigkeit der Berufung in der Hauptsache mußte dahin führen, auch die Berufung wegen der Kostenentscheidung zu verwerfen. Vorliegend war aber in der Hauptsache aber nicht ganz nach dem Antrage der Berufungskl. erkannt worden. V. C. S. i. S. Bendix c. Tietz vom 13. Oktober 1888, Nr. 171/88 V.

9. Nach dem Urtheile des R. G. vom 29. Dezember 1885 (Entscheidungen Bd. 16 S. 342) ist, auch wenn eine Grundgerechtigkeit in Frage steht (vergl. C. P. O. § 7), ausschließlich das Interesse des Rkl., nicht auch das etwaige höhere gegentheitige Interesse des Rbkl., für die Berechnung der Revisionssumme maßgebend. Von dieser Entscheidung, mit welcher sich auch die späteren Urtheile des R. G. (z. B. das Urtheil des V. C. S. vom 5. Oktober 1887 in Sachen Riegener c. Fasquel, V. 150/87) in Uebereinstimmung befinden, abzugehen, liegt keine Veranlassung vor. V. C. S. i. S. Schildein c. Schulz vom 3. Oktober 1888, Nr. 152/88 V.

10. Der zweite Absatz des § 655 der C. P. O. wurde bei der Berathung des Gesetzentwurfs zu dem Zwecke beigefügt, um die Anstellung einer besonderen Klage auf Rückgabe dessen entbehrlich zu machen, was der Bekl. auf Grund einer für vorläufig vollstreckbar erklärten, in oberer Instanz wieder außer Kraft gesetzten Verurtheilung dem Kl. geleistet hat. (Protokolle S. 343). Das Gesetz bestimmt jedoch nur, daß der Kl. unter den angegebenen Verhältnissen zur Erstattung des von dem Bekl. Gezahlten oder Geleisteten verurtheilt werden solle. Die Erstreckung der Verurtheilung zu mehreren Leistungen ist nicht vorgesehen. Zudem sollte durch den Antrag auf Einschaltung des 2. Absatzes, wie bei den Kommissionsberathungen ausdrücklich hervorgehoben wurde, nichts weiter erreicht werden, als die Herstellung von res integra. „Den durch die Entziehung etwa erwachsenen Schaden müsse der Bekl. in einem besonderen Prozesse einklagen“. Daraus ergiebt sich deutlich, daß dem Kl. in dem anhängigen Rechtsstreite auch nicht die Verzinsung des von dem Bekl. Bezahlten auferlegt werden kann. Denn Zinsen würde der Bekl. nur als Ersatz des Schadens beanspruchen dürfen, welchen er durch die ihm ohne Recht abgenöthigte Leistung erlitten hat und über derartige Nebenforderungen ist eben in dem schwebenden Prozesse nicht zu verhandeln. Der I. C. S. des R. G. hat zwar in dem Bd. 11 Nr. 111 der Entscheidungen in Civilsachen veröffentlichten Urtheile gelegentlich ausgesprochen: „es mag sich rechtfertigen, wenn infolge Aufhebung des Urtheils der Kl. außer der empfangenen Summe auch Zinsen von der Zeit des Empfanges ab zu vergüten hat“. Dieser Satz widerstreitet aber der vorliegenden Entscheidung schon deshalb nicht, weil damit noch nicht gesagt ist, daß der Kl. in dem anhängigen Rechtsstreite zur Zinsenzahlung anzuhalten sei. Gegenwärtig handelt es sich nur darum, nachzuweisen, daß sich ein nach § 655 Abs. 2 der C. P. O. zu erlassendes Urtheil mit einer von dem Bekl. geltend gemachten Zinsforderung nicht zu befassen hat. In dem Berufungsurtheile ist übrigens der Zinsenanspruch des Bekl. nicht endgültig, sondern nur als in dem jetzigen Verfahren unstatthaft zurückgewiesen worden. Diese Zurückweisung entspricht demnach den Grundsätzen der C. P. O. VI. C. S. i. S. Huck c. Grebel vom 27. September 1888, Nr. 151/88 VI.

11. Nach § 16 Ziffer 3 des E. G. zur C. P. O. werden die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides durch die C. P. O. nicht berührt. Nun ist Bekl., welchem nach dem Ehevertrage vom 12. Juli 1865 und den Bestimmungen des Katzenelnbogener Landrechts der lebenslängliche Nießbrauch am nachgelassenen errungenschaftlichen Vermögen seiner verstorbenen Ehefrau zusteht, Behufs Feststellung des mütterlichen Vermögens der Kl. rechtskräftig zur Errichtung eines eidlich zu bestärkenden Inventars schuldig erkannt worden. Damit war das Verfahren über den Klageanspruch erschöpft und es konnte sich bei dem ferneren prozessualischen Vorschreiten gegen den Bekl. nur noch um die Einleitung und Durchführung der Zwangsvollstreckung handeln. Diese richtete sich aber, wie die Vorinstanz mit Recht angenommen hat, nicht nach den Bestimmungen der §§ 711, 769, 780 bis 784 der C. P. O., da das für diese Fälle angeordnete Verfahren sich auf diejenigen Offenbarungseide beschränkt, welche im Zwangsverfahren selber auferlegt werden; es kommt vielmehr bei dem Vollzuge des vorliegenden Urtheils grundsätzlich der § 774 der C. P. O. zur Anwendung. Vergleiche Reichsgerichts-Entscheidungen Bd. XI Nr. 104. Auch Bd. 7 Nr. 109, Bd. 18 Nr. 102. Motive zum Entwurfe der C. P. O. Seite 443, 447, 576. — Den dort vorgezeichneten Weg der Anrufung des Prozeßgerichts I. J. haben denn auch die Kl. im Vollstreckungsantrage vom 1. Oktober 1887 betreten und es hat das O. L. G. die frühere, von dem Bekl. gegen den Vollstreckungsbefehl vom 19. ejsd. erhobene Beschwerde unter Verweisung auf § 774 cit. verworfen. — Die in Gemäßheit dieses Paragraphen zu erlassenden Entscheidungen können nun, da sie in dem zu vollstreckenden Erkenntnisse ihre unabänderliche Grundlage finden, nach § 776 der C. P. O. ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen. Zwar ist dort die vorherige „Anhörung des Schuldners“ vorgeschrieben; diese braucht jedoch nicht nothwendig in einer mündlichen Verhandlung stattzufinden und es hat daher, selbst wenn eine solche anberaumt war und darin ein Zwischenstreit unter den Parteien entsteht, die darauf erlassene Entscheidung nicht die rechtliche Natur eines Urtheils, sondern eines nach der allgemeinen Vorschrift des § 701 der C. P. O. mit der sofortigen Beschwerde anfechtbaren Beschlusses. — Es kann dahin gestellt bleiben, ob — von den Fällen der §§ 648 bis 656, 660 und 661 der C. P. O. abgesehen — diese Regel eine ausnahmslose ist, ob sie insbesondere immer dann zutrifft, wenn die Parteien über den Umfang der Manifestationspflicht und die Formulirung des Offenbarungseides streiten. Denn vorliegend steht es außer Zweifel, daß der im Termine vom 13. Juni l. J. angeregte Streitpunkt ohne vorgängige (obligatorische) mündliche

Verhandlung zum Austrag gebracht werden konnte, die von dem Prozeßgerichte verkündete Entscheidung mithin ganz richtig als Beschluß bezeichnet werden ist. Nicht der zur Ableistung des Offenbarungseides rechtskräftig verurtheilte Bekl. hat Einwendungen gegen den Umfang seiner Manifestationspflicht und die Form oder die Art der Eidesleistung erhoben, sondern die Kl. haben beantragt, bei der Festsetzung der Eidesnorm diese auf mehrere bestrittene Inventaransätze nicht auszudehnen. Die Kl. wollen also in Wirklichkeit die theilweise Aussetzung der Ableistung des Offenbarungseides, während sie im Uebrigen die sonst gebräuchliche Form dieses Eides nicht beanstandet haben. Die Frage aber, ob bei dem Widerspruch des Bekl. diesem Antrage der Kl. stattzugeben sei, bildete der Natur der Sache nach nicht Gegenstand eines Indikats. — III. C. S. i. S. Petermann c. Sauerwald vom 9. Oktober 1888, B. Nr. 82/88 III.

12. Die Bekl. hatten die Beiseitesetzung des Schiedsspruchs auch aus dem Grunde beantragt, weil ihnen in dem Verfahren vor dem Schiedsgericht das rechtliche Gehör nicht gewähret sei. Das B. G. hat diesen Anfechtungsgrund verworfen, weil den Parteien ein rechtliches Gehör damit zu Theil geworden sei, daß ihr mittelst Eingabe das der Entscheidung zu unterziehende Sach- und Streitverhältniß dargelegt haben. Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden. Es soll nicht bestritten werden, daß es Fälle geben kann, in welchen damit das rechtliche Gehör gewährt ist: insonderheit, wenn die Schiedsrichter der Erwartung entsprechen, daß sie auf Grund des ihnen von den Parteien vorgelegten Streitmaterials einen Spruch aus eigener Sachkenntniß ohne jede weitere Beweiserhebung fällen. So liegt aber hier die Sache nicht. Die Schiedsrichter haben Beweis erhoben durch Einforderung eines Gutachtens von Sachverständigen. Die Sachverständigen haben sich nicht darauf beschränkt, sich über die Beschaffenheit des ihnen vorgelegten Tabacks auszusprechen, sondern sie haben aus der Thatsache, daß Domingotaback der letztjährigen Ernte zum inneren fortschreitenden Verderb geneigt sei, Schlüsse gezogen über die Verbindlichkeit des Käufers, Taback von dieser Ernte, wenn er als schwimmende Waare gekauft sei, anzunehmen, obschon derselbe sich in dem festgestellten Zustande befindet. Der Inhalt dieses Sachverständigen-Gutachtens mußte dem Schiedsgericht die begründetste Veranlassung bieten, die Parteien mit ihren Ausführungen und eventuellen weiteren Anträgen zu hören, ihnen von dem Gutachten Mittheilung zu machen, um ihnen Veranlassung zu bieten, ihre Gerechtsame auszuführen. Einen sprechenden Beleg dafür bietet das B. U., soweit dasselbe einen sehr eingehenden Beweisbeschluß über die in Betracht kommenden anderweiten Fragen wiedergiebt. Statt dessen hat das Schiedsgericht einfach auf Grund dieses Gutachtens seinem Resultat entsprechend erkannt. Es ist also den Bekl. das rechtliche Gehör in dem Verfahren nicht gewähret, obwohl es durch den Inhalt des Gutachtens geboten war, die Parteien zu hören. Demgemäß unterliegt der am 28. April 1887 ertheilte, inzwischen zugestellte und bei Gericht hinterlegte Schiedsspruch gemäß § 867 der C. P. O. der Aufhebung. Die Bekl. haben mit Recht die Beiseitesetzung des Schiedsspruchs und die richterliche Entscheidung über die Empfangbarkeit auch jener 158 Packen Domingo, über welche sich der Schiedsspruch verhält, beantragt. Denn nachdem zufolge des Antrags der Parteien vom 19. April 1887 ein Schiedsspruch ertheilt, zugestellt und hinterlegt ist, ist das Kompromiß der Parteien erledigt. Nachdem das Verfahren vor den Schiedsrichtern einen Spruch ergeben hat, welcher auf Grund des Gesetzes bei Seite zu setzen war, kann nun nicht noch einmal dazu geschritten werden, einen neuen Schiedsspruch nach Anhörung der Parteien zu fällen; vielmehr ist, nachdem das Kompromiß zu einem haltbaren Resultat nicht geführt hat, jene Frage desinitiv und allein der richterlichen Entscheidung unterstellt, welcher sie bereits eventuell unterbreitet war. I. C. S. i. S. Cohen u. Co. c. Willink u. Co. vom 6. Oktober 1888, Nr. 199/88 I.

Zur Rechtsanwaltsgebühren-Ordnung.

13. Nachdem von dem B. G. beschlossen war, daß durch ein auswärtiges Amtsgericht ein am Sitze desselben wohnhafter Zeuge zu vernehmen sei, haben die für die Berufungsinstanz bestellten Prozeßbevollmächtigten des Bekl. sich zur Wahrnehmung des Vernehmungstermines einen Rechtsanwalt am Sitze des Amtsgerichts substituirt, durch welchen der Bekl. in diesem Termine vertreten ist. Der Bekl. hat dem Kl. für den gedachten Termin eine volle Beweisgebühr seiner Prozeßbevollmächtigten, eine gleiche Beweisgebühr des von denselben substituirten Rechtsanwalts und eine halbe Prozeßgebühr des letztern in Ansatz gebracht, und mit Recht hält das Oberlandesgericht den Einwand des Kl., daß die Zubilligung der Gebühren dieses Rechtsanwalts, jedenfalls aber die einer besonderen Beweisgebühr desselben nicht gerechtfertigt sei, für unbegründet. Da die Zuziehung des bezeichneten Rechtsanwalts zur zweckentsprechenden Rechtsvertheidigung des Bekl. nach Lage der Sache für nothwendig zu erachten war, so hat der Kl. demselben nach § 87 der C. P. O. auch die hierdurch erwachsenen Gebühren, soweit er überhaupt zum Kostenersatz verpflichtet ist, zu erstatten. Der § 45 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte bestimmt nun aber im Abs. 1: „Der Rechtsanwalt, dessen Thätigkeit sich auf die Vertretung in einem zur Beweisaufnahme bestimmten Termine beschränkt, erhält neben der dem Prozeßbevollmächtigten im gleichen Falle zustehenden Beweisgebühr eine Gebühr in Höhe von fünf Zehntheilen der Prozeßgebühr. Letztere Gebühr steht ihm auch dann zu, wenn der Auftrag vor dem Termine erledigt wird". Der hervorgehobene Satz ist nicht mit dem Kl. dahin zu verstehen, daß in dem angegebenen Falle nur dem Prozeßbevollmächtigten eine Beweisgebühr zustehe, dem mitwirkenden Rechtsanwalt dagegen lediglich $^5/_{10}$ der Prozeßgebühr, sondern so, daß der Letztere zwei Gebühren erhält, nämlich: 1. dieselbe Beweisgebühr, welche dem Prozeßbevollmächtigten zusteht, und außerdem 2. $^5/_{10}$ der Prozeßgebühr. Daß dem Prozeßbevollmächtigten für die Vertretung im Beweisverfahren, auch ohne seine persönliche Theilnahme an dem Beweisaufnahme-Termine die Beweisgebühr zukommt, ergiebt sich schon aus § 13 Nr. 4 a. a. O., bedurfte daher nicht der Wiederholung im § 45. Ebensowenig hätte in dem letzteren, um den nur den Beweistermin wahrnehmenden Rechtsanwalt auf eine halbe Prozeßgebühr zu beschränken, hervorgehoben zu werden brauchen, daß er neben dem Bezuge des Prozeßbevollmächtigten nicht mehr erhalte. Die Bestimmung im Abs. 1 des § 45 kann daher eben nur den Sinn haben, daß der gedachte Rechtsanwalt jene zweifache Gebühr beziehen soll. Dieser Sinn derselben läßt sich auch aus dem Zusammen-

hange des Gesetzes erklären. Denn nach § 13 desselben erhält der **Prozeßbevollmächtigte** gleichfalls beide Gebühren **nebeneinander**: die Beweisgebühr für die Vertretung im Beweisaufnahmeverfahren, die Prozeßgebühr für den Geschäftsbetrieb überhaupt, einschließlich der Information. Die Voraussetzungen dieser beiden Gebühren treffen aber bei einem Rechtsanwalt, welcher nur den Beweistermin wahrnimmt, in ähnlicher Weise zu, da er einestheils hierdurch die betreffende Partei im Beweisaufnahmeverfahren **vertritt**, anderntheils zu diesem Zwecke vor dem Termine sich zu **informiren** hat. Nur bildet diese Information eine geringere Thätigkeit als die nach § 13 Nr. 1 durch die volle Prozeßgebühr vergütete Information zu dem ganzen Rechtsstreit. Offenbar aus diesem Grunde will daher der § 45 die Thätigkeit des gedachten Rechtsanwalts nur durch einen Betrag vergütet wissen, welcher sich aus der Beweisgebühr und der **Hälfte** der Prozeßgebühr zusammensetzt. Die Schlußworte der erwähnten Bestimmung: „Letztere Gebühr (das heißt diese Hälfte der Prozeßgebühr) steht ihm auch dann zu, wenn der Auftrag vor dem Termine erledigt wird", weist endlich ebenfalls deutlich darauf hin, daß dem nur mit Wahrnehmung eines Beweistermins beauftragten Rechtsanwalt, wenn der Auftrag sich **nicht** vor dem Termine erledigt, dieser vielmehr wirklich von ihm wahrgenommen wird, **außer** der halben Prozeßgebühr die vorher erwähnte Beweisgebühr zustehen soll. Die Bestimmung des § 25 a. a. O. steht hiermit nicht im Widerspruch; denn daraus würde für den vorliegenden Fall nur folgen, daß der bezeichnete Rechtsanwalt die Gebühren des § 45 in derselben Instanz nur einmal beanspruchen könnte, auch wenn mehrere Beweistermine von ihm wahrgenommen würden. Ob die Entstehungsgeschichte des § 45 den dargelegten Sinn desselben noch zu unterstützen geeignet ist, kann unerörtert bleiben; jedenfalls läßt sich aus derselben nichts Entgegenstehendes entnehmen. VI. C. S. i. S. Wolff c. Reschke vom 8. Oktober 1888 B., Nr. 104/88 VI.

14. Nach dem Wortlaut des § 45 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte erhält der Rechtsanwalt, dessen Thätigkeit sich auf die Vertretung in einem nur zur Beweisaufnahme bestimmten Termine beschränkt: 1) die dem Prozeßbevollmächtigten im gleichen Falle zustehende Beweisgebühr (§ 13 Nr. 4), 2) eine Gebühr in Höhe von $^{5}/_{10}$ der Prozeßgebühr (§ 13 Nr. 1). Dem entspricht auch die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung. (Vgl. Juristische Wochenschrift 1885 S. 399 ff.). Der Fünfte Civilsenat des R. G. hat denn auch bereits in dem Beschlusse vom 21. Juni 1884 (Blum's Urth. und Annal. Bd. 1 S. 30), den substituirten Anwalt zur Liquidirung der Beweisgebühr als berechtigt anerkannt. (Vgl. auch Meyer, die Gebührenordnung für Rechtsanwälte 2. Aufl. Anm. 1 und 2 zu § 45 S. 77). V. C. S. i. S. Luttosch c. Paulick vom 17. Oktober 1888, B Nr. 108/88 V.

II. **Das Handelsrecht.**

15. Die Entscheidung des B. R. beruht darauf, daß nachdem in dem Vorvertrag alle für den Eintritt des Kl. als Gesellschafter wesentlichen Bedingungen gegeben seien, etwaige ergänzende und mit Rücksicht auf die Besonderheit des von den Bekl. betriebenen Geschäfts erforderlichen Nebenbestimmungen, wenn Uebereinstimmung unter den Parteien nicht zu erzielen war, nach dem Ueblichen und Regelmäßigen, **welches in den Art. 90 ff. des H. G. B. seinen Ausdruck gefunden habe**, zu regeln gewesen seien, da nach allgemeinen Rechtsregeln das Uebliche im Zweifel als gewollt gelte. Dieser letztere Satz ist richtig, nicht aber der, daß die Art. 90 ff. schlechthin **das Uebliche** enthalten, so daß an deren Stelle in Ermangelung einer ausdrücklichen Vertragsberedung nicht Handelsgebräuche, insbesondere auch nicht die in einem bestimmten Geschäfte geltenden Uebungen treten könnten. Diese Annahme beruht auf Verletzung der Art. 1, 279, 90 des H. G. B. Der Art. 1 versagt allerdings dem Handelsgebrauche den Bestimmungen des H. G. B. gegenüber die Geltung, allein, wie gerade in dem vom O. L. G. angerufenen Urtheile des R. O. H. G. Entscheidungen Bd. VI S. 370 ausgeführt wird, ist hier nur das **Handelsgewohnheitsrecht** gemeint, nicht aber bezieht sich der Art. 1 auf die im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche, auf welche vielmehr gemäß Art. 279 Rücksicht zu nehmen ist. Was sodann die Art. 91 ff. betrifft, so sollen dieselben **nur** soweit zur Anwendung kommen, als über die darin berührten Punkte eine Vereinbarung **nicht getroffen** ist. Art. 90 Abs. 2. Demgemäß und zu Folge der vom B. G. anerkannten Rechtsregel, daß im Zweifel **das Uebliche** gewollt sei, sind Lücken eines Gesellschaftsvertrags zunächst mit Rücksicht auf die im Handelsverkehr, insbesondere bei der konkreten Art von Handelsgesellschäften bestehende Uebung (soweit sie nicht etwa einer zwingenden Gesetzesvorschrift widerspricht) als **gewolltem**, stillschweigend **vereinbartem** Vertragsinhalte auszufüllen, und erst dann, wenn eine solche Uebung nicht bestände, könnte von Ergänzung durch das Gesetz die Rede sein. Weil das Uebliche, auch wenn nicht ausdrücklich vereinbart, als Vertragsinhalt anzuerkennen ist, erscheint auch der weitere Satz im Urtheile unrichtig, daß, wenn die Bekl. den Eintritt des Kl. in die Gesellschaft von anderen als den im H. G. B. vorgeschriebenen Bedingungen abhängig machen wollten, dies **nur in dem Vertrage** habe geschehen können. Mit diesem Satze würde jede Ergänzung eines Gesellschaftsvertrages durch das Gebräuchliche und Uebliche, sofern dies nicht mit den Art. 91 ff. übereinstimmt, ausgeschlossen. II. C. S. i. S. Weinberg Trapowsky u. Comp. c. von Bienna vom 2. Oktober 1888, Nr. 155/88 II.

16. Es fragt sich, ob der Korrespondentrheder gegen den Anspruch des einzelnen Mitrheders auf Auskehrung seines Antheils an den eingezogenen Geldern mit einer ihm persönlich gegen den fordernden Mitrheder zustehenden Forderung kompensiren darf. Diese Frage würde aus l. 14, 2 C. de comp. 4, 31 zu verneinen sein, wenn der Ausführung der Revision zugestimmt werden könnte, daß der Korrespondentrheder die erhobenen Schiffsgelder als fremdes Eigenthum für seine Mandanten in derselben Weise aufbewahren müsse, wie der Handlungsbevollmächtigte die Kasse seines Prinzipals; denn unter dieser Voraussetzung würde bei eigenmächtiger Aneignung der empfangenen Gelder das Erforderniß des „perperam occupavit" jener Stelle allerdings nicht zu bestreiten sein. Allein die Annahme, daß der Korrespondentrheder für die von ihm vertretene Rhederei eine besondere Kasse zu führen hat, findet in dem Gesetze keinen Anhalt. Aus der abgesonderten Buchführung, welche das Gesetz verlangt, kann die Verpflichtung zur Führung einer besonderen Rhedereikasse nicht hergeleitet werden. Auch ist von der Kl. nicht behauptet worden, daß dem Bekl. durch besonderen Gesell-

schaftsbeschluß eine solche Verpflichtung auferlegt worden sei. Ist aber der Korrespondentrheder für die von ihm erhobenen Gelder nur Schuldner der einzelnen Rheder auf Grund des unterliegenden Mandatsverhältnisses, so fehlt es an jedem Grunde, die Tilgung seiner Schuld durch Aufrechnung mit Gegenforderungen gegen die einzelnen Gläubiger für unzulässig zu erachten. III. C. S. i. S. Becker c. Ahlers vom 25. September 1888, Nr. 159/88 III.

III. Das Gemeine Recht.

17. (Anhaltisches Bergrecht). Die Kl. hatte mit einer ihr und einer anderen Grube gehörigen bei einer Station der Königlichen Eisenbahn von Schoenebeck nach Staßfurt einmündenden Kohlenbahn durch eine ihr gehörige Zweigeisenbahn Verbindung mit ihrem Kohlenförderschacht Nr. X. Nachdem dort abgebaut, eröffnete sie nach rückwärts einen neuen Betrieb auf dem Schachte Nr. XI und verband diesen mit dem Endpunkt der Zweigbahn bei dem Schachte X, verlegte auch das bei dem letzteren entbehrlich gewordene Geleise zum Rangiren nach Schacht XI. Ob die Kosten der Herstellung der Verbindung zwischen X und XI und der Verlegung des Rangirgeleises im Sinne des § 210 neuerer Fassung des Anhaltischen Bergrechts zu den laufenden Betriebskosten gerechnet werden dürfen, diese Frage steht allein noch zur Entscheidung. Mit ihrer Beantwortung steht oder fällt der Anspruch der Kl. auf Rückerstattung der gezahlten Bergwerksabgabe. Der B. R. hat verneint, daß jene Kosten überhaupt zu den Betriebskosten zu rechnen, weil, wie er feststellt, die in Rede stehende Anschlußbahn dem Zwecke dient, die Kohlen vom Schachte XI zur Hauptbahn zu bringen, um von da aus weiter an die Abnehmer befördert zu werden, so zwar, daß nicht etwa abgelegen von diesem Schachte sich eine besondere Abfertigungsstelle oder eine Kohlenniederlage befindet, sondern so, daß die Kohlen unmittelbar vom Schachte aus an die Abnehmer verladen werden. In dieser Beziehung dient die streitige Bahn also, wie der B. R. unangreifbar feststellt, dem Absatze der Kohlen, dem Vertriebe. Der Umstand, daß sie zugleich benutzt wird, um Gegenstände, welche zum Abbau der Kohlen, also dem Betriebe dienen, zum Schachte zu bringen, ist von dem B. R. deshalb mit Recht für unerheblich erachtet worden, weil nach seiner Feststellung diese Benutzung eine überaus geringfügige ist im Vergleich zur Kohlenbeförderung. Nun ist aber bereits in dem früher in dieser Sache ergangenen reichsgerichtlichen Urtheile ausgeführt worden, daß unter den Betriebskosten im Sinne des angezogenen § 210 nicht zu verstehen sind die Vertriebskosten welche durch den Absatz, die Verwerthung des Gewonnenen bedingt werden. Daran muß festgehalten und angenommen werden, daß schon das ältere Gesetz die Kosten für die Neuherstellung beziehungsweise Verlegung von Anschlußbahnen, wie solches in dem jüngeren Anhaltischen Gesetze Nr. 721 vom 5. April 1886 § 4 Nr. 2 für die Zukunft ausdrücklich ausgesprochen ist, nicht zu den laufenden Betriebskosten gerechnet hat, welche bezüglich der Rückerstattung der abgeführten Bergwerksabgabe in Ansatz gebracht werden dürfen. V. C. S. i. S. der Chemischen Fabrik zu Leopoldshall c. Anhalt. Fiskus vom 29. September 1888, Nr. 158/88 V.

18. Die Kl. hat ausgeführt, die Verpflichtung Legate auch insoweit auszuzahlen, als dieselbe ihren Pflichttheil verletzten, und daher ungültig seien, könne sie nicht als Folge der unterlassenen Inventarerrichtung treffen, die Novelle 1 Kap. 2 § 2 habe die Geltendmachung des Pflichttheils nicht von der Errichtung eines Nachlaßinventars abhängig gemacht, sondern lediglich den Abzug der Falcidischen Quart Seitens des Erben, und würde, wenn die gleiche Bestimmung auch für den Pflichttheil hätte gelten sollen, dessen im Gesetze Erwähnung geschehen sein. Richtig ist, daß die Novelle 1 im Kap. 2 nur die lex Falcidia nennt, und Pflichttheilsrechte nur insoweit ausdrücklich erwähnt, als im Kap. 4 § 1 der gesetzliche Pflichttheilsanspruch des Patronus gewahrt wird. Wenn gerade aus dieser Bestimmung, wie Mühlenbruch bei Glück Bd. 41 S. 420 erwähnt, durch einen Schluß auf das Gegentheil die Folgerung gezogen ist, daß sonstige Pflichttheilsrechte von den Bestimmungen der Novelle ergriffen werden, so mag diese Folgerung bedenklich erscheinen, da die Worte des Gesetzes non eximimus ab hac lege neque patronorum successiones direkt dagegen sprechen, daß dem Patronus eine Ausnahmestellung eingeräumt sein sollte, und die fragliche Bestimmung sehr wohl dahin verstanden werden kann, daß das patronatische Pflichttheilsrecht in der beschränkten Gestalt, in welcher es noch im Justinianischen Rechte Geltung hatte — vergl. Puchta Institutionen § 320 Note v. eine fernere Einschränkung nicht erleiden solle. Dagegen mag die Nichterwähnung der Pflichttheilsrechte im Kap. 2 weniger auffallend erscheinen, wenn man erwägt, daß die von der Rkl. betonte Ungültigkeit der den Pflichttheil beschwerenden Legate in gleichem Sinne in Betreff der gegen die lex Falcidia verstoßenden Vermächtnisse bestand, daß ferner der erst durch die Novelle 18 Kap. 1 erhöhte Pflichttheil zur Zeit der Novelle 1 nur ein Viertheil der Intestaterbportion betrug, und auch die Zulässigkeit des Abzuges der Falcidischen Quart neben dem Pflichttheil erst auf den Entscheidungen der Kap. 16 und 18 X de testamentis 3, 26 beruht — vergl. Windscheid Pandekten § 580, § 650 Note 1, § 652 Note 5, Schroeder Notherbrecht § 59 S. 502 — so daß derzeit der Pflichttheil und die Quarta Falcidia sich in einem Maße deckten, wie dies nach jetzigem Rechte nicht der Fall ist. Daß aber mit den Bestimmungen des Kap. 2 § 2 nicht nur das Recht des Quartabzuges getroffen wurde, geht aus deren Inhalt bestimmt hervor. Die Verpflichtung das vorgeschriebene Nachlaßinventar zu errichten, ist allen Erben auferlegt, ohne Rücksicht darauf ob sie pflichttheilsberechtigt sind oder nicht. Ebenso generell sind die Folgen der Nichterfüllung dieser Verpflichtung festgesetzt, und konnte auch der durch das Gesetz bezweckte Schutz der Interessen der Legatare und Gläubiger nur dann vollständig erreicht werden, wenn jeder Erbe unter entsprechender Strafandrohung verpflichtet wurde, die gegebenen Schutzvorschriften zu beachten. Durch den angedrohten Nachtheil der Verpflichtung zur Auszahlung von Vermächtnissen und Nachlaßschulden über den Bestand der Erbschaft, ist aber an sich weder die Ungültigkeit der den Pflichttheil belastenden Vermächtnisse noch das Pflichttheilsrecht der Notherben berührt, sondern es ist eine gesetzliche Strafe für die Nichtbeachtung der Vorschriften über die Inventarerrichtung bestimmt und bemerkt Mühlenbruch a. a. O. mit Recht, daß der von obigem Rechtsnachtheil betroffene Erbe sich nicht auf eine Verletzung des Pflichttheils berufen dürfe, da solche nur in Auflagen des Erblassers an den Erben liegen können, nicht in gesetzlichen Nachtheilen, deren

Vermeidung vom Willen des Erben abhänge. III. C. S. i. S. Ellerbrock c. Ellerbrock vom 5. Oktober 1888, Nr. 114/88 III.

19. Mit dem B. G. ist anzunehmen, daß nicht der Zeitpunkt des Empfangs, sondern entweder derjenige des Todes des Erblassers oder der Zeitpunkt der Erbtheilung für die Werthsbestimmung bei der Kollation maßgebend sei. Die Entscheidung dieser Rechtsfrage aber erübrigt sich nicht durch die Annahme des B. G., es fehle vorliegend an einem genügenden Anhalt für die Feststellung des präsumtiven Willens des Erblassers dahin, daß nach dem Werthe zur Zeit der Hingabe zu konferiren. Nur die von dem B. G. nicht getroffene positive Feststellung, daß der Erblasser die Kollation nach dem Werthe zur Zeit der Hingabe ausgeschlossen habe, würde die Entscheidung der Rechtsfrage erübrigen. Denn die Ansicht, daß das Konferendum nach seinem Werthe zur Zeit des Empfanges anzurechnen, stützt sich auf Gesetz und Billigkeit. Dernburg, Pandekten, Bd. III S. 284. Bedarf es hiernach einer Entscheidung der Rechtsfrage, so ist mit dem B. G. der Werth, welchen der zu konferirende Gegenstand zur Zeit der Erbtheilung hat, nicht der Werth zur Zeit der Hingabe der Ausstattung als der maßgebende anzusehen. Für diese in der gemeinrechtlichen Doktrin jetzt herrschende Ansicht wird namentlich von Arndts a. a. O. und von Leist (bei Glück, Pandekten, Serie der Bücher 37 und 38 Thl. III S. 211. 345. 381. 468) unter Hinweisung auf die Quellen, insbesondere auf lex 20 Cod. de collationibus (6,20) geltend gemacht, daß die Kollation bezwecke, denselben Erfolg zu erzielen, als wenn die Konferenda zur Erbschaft gehörten, da nur so die beabsichtigte Gleichstellung erreicht werde, und daß demzufolge auch nur derjenige Werth zu vergüten sei, den sie eben jetzt in der Zeit haben, in welcher sie durch denselben vertreten werden sollen. Das Urtheil des III. C. S. des R. G. vom 2. Mai 1884 (Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. 11 S. 245), in welchem anscheinend im Widerspruche mit der hier vertretenen Auffassung ausgesprochen ist, daß nach römischem Rechte der Miterbe den Werth des Vorempfangs zur Zeit des Todes des Erblassers konferiren müsse, betraf ausschließlich den Anfangspunkt der Zinspflicht des Kollationspflichtigen und die gelegentliche Bemerkung der Gründe über den für den Werth des Vorempfangs maßgebenden Zeitpunkt bildet keinen die Entscheidung tragenden Grund. Im Uebrigen ist, worauf es für den vorliegenden Rechtsstreit ausschließlich ankommt, auch in jener Entscheidung angenommen, daß nicht der Werth des Vorempfangs zur Zeit der Hingabe maßgebend sei. IV. C. S. i. S. Knipschild c. Heulsenbeck vom 27. September 1888, Nr. 134/88 IV.

IV. Das Preußische Allgemeine Landrecht.

20. Der B. R., welcher der in dem Vertrage für den Fall des Rücktritts einer Partei stipulirten Conventionalstrafe mit Recht den Charakter einer Wandelpön beimißt (vergl. § 313 Tit. 5 Thl. I des A. L. R.), leitet die Nothwendigkeit der Schriftlichkeit für eine bindende Rücktrittserklärung aus § 316 a. a. O. her, nach welchem derjenige, der seinen Willen statt der Erfüllung des Vertrages die Wandelpön zu erlangen schriftlich erklärt hat, sich zur Erfüllung des Vertrages wider den Willen des anderen Theiles nicht mehr erbieten kann. Dieser Argumentation (a contrario) ist zuzustimmen. Aber auch den allgemeinen Grundsatz des § 133 Tit. 5 Thl. I des A. L. R., wonach bei Gegenständen über 50 Thalern auch einseitige Willenserklärungen, sobald sich ihre Folgen auf die Zukunft hinaus erstrecken sollen, der schriftlichen Abfassung bedürfen, führt zu der Annahme, daß die Erklärung des Rücktritts von einem Vertrage, falls der Erklärende daran gebunden sein soll, bei Gegenständen von über 150 Mark schriftlich erfolgen muß. Allerdings kann, wie auch der B. R. anerkennt, der formell gültig erklärte Rücktritt unter Umständen ersetzt werden durch ein thatsächliches Verhalten, durch welches die Absicht, den Vertrag nicht zu erfüllen, an den Tag gelegt und der Vertragszweck selbst für den andern Theil vereitelt wird. (Erkenntniß des R. O. H. G. Bd. 24 S. 120. Entscheidungen des Obertribunals Bd. 44 S. 1). V. C. S. i. S. Zabel c. Ehlers vom 6. Oktober 1888, Nr. 157/88 V.

21. Die Klage auf das Erfüllungsinteresse, wenn der zu einer Handlung Verurtheilte das Judikat unausgeführt läßt, kann dem Gläubiger dann nicht versagt werden, wenn die zunächst angewendeten Vollstreckungsmittel (§ 774 der C. P. O.) nicht zur Befriedigung des Gläubigers geführt haben. In diesem Falle bildet die Interessenklage das nothwendige, weil allein mögliche, Surrogat für die Vollstreckung des Urtheils, welche sich als unausführbar erwiesen hat. Ein Gleiches muß aber aus dem gleichen Grunde gelten, wenn die Handlung, zu deren Leistung der Bekl. verurtheilt ist, überhaupt nicht erzwingbar ist, weil dieselbe weder von einem Dritten vorgenommen werden kann, (§ 773 a. a. O.) noch ausschließlich von dem Willen des Verpflichteten abhängig ist. Das ist bereits für den Bereich des gemeinen Rechts vom R. G. ausgesprochen in einem Urtheil (Entscheidungen Bd. X. S. 176), in dessen Gründen es heißt: es sei im gemeinen Recht von jeher als ganz selbstverständlich angesehen worden, daß, wenn die zur Erzwingung einer Handlung des Schuldners zulässigen indirekten Zwangsmittel ohne Erfolg erschöpft waren, oder wenn die Anwendung von Zwangsmitteln überhaupt für unzulässig erachtet wurde, der Gläubiger das Interesse anstatt der Erfüllung fordern dürfe. Das Preußische Recht ging noch weiter, indem schon die Allgemeinen Gerichtsordnung bei der executio ad faciendum nach fruchtloser Einlegung des Exekutors, wenn die Handlung nicht von einem Anderen vorgenommen werden konnte, dem Exekutionssucher die Wahl freistellte „ob er auf der wörtlichen Befolgung des Urtheils bestehen, oder sofort sein dabei obwaltendes Interesse fordern wolle." (§§ 48—50 a. a. O.) Dieses Wahlrecht des Gläubigers wurde in § 9 der Verordnung vom 4. März 1834 noch erweitert, nämlich auch auf den Fall, wo die Leistung durch einen Dritten geschehen kann, ausgedehnt, und nur an die Bedingung eines vorher an den Verpflichteten mit Frist von 8 Tagen bis 4 Wochen zu erlassenden Mandats geknüpft. Es läßt sich schon hieraus schließen, daß wenn die früheren Preußischen Prozeßgesetze ganz allgemein dem Gläubiger das Recht geben, im Fall der Schuldner das ihn zur Leistung einer Handlung verurtheilende Judikat unerfüllt ließ, sogleich anstatt Naturalerfüllung das Interesse zu fordern, es den Prinzipien des materiellen Rechts im Geltungsbereich jener durch die C. P. O. aufgehobenen Prozeßgesetze nicht wohl zuwider sein kann, die Judikatklage auf das Erfüllungsinteresse wenigstens dann zuzulassen, wenn die geschuldete Naturalleistung im Wege der Zwangsvollstreckung nicht zu erzielen ist. Die von dem B. R. in Bezug genommenen Bestimmungen des A. L. R. §§ 393,

394, 360 Tit. 5 Thl. I, stehen nicht entgegen. Zunächst erleidet § 393 a. a. O., nach welchem die von einer Seite geweigerte oder nicht gehörig geleistete Erfüllung den andern Theil in der Regel noch nicht berechtigt von dem Vertrage wieder abzugehen, auf den vorliegenden Fall keine Anwendung, da der Kl. von dem Vertrage nicht abgehen will, nicht Zurückgewähr des Geleisteten verlangt, sondern gerade Erfüllung des Vertrages durch Gewährung des Werths der ausgebliebenen Leistung. Auch den § 394 a. a. O., welcher lautet: Vielmehr steht ihm nur frei, den Gegentheil zu der versprochenen Erfüllung und zu der nach den Gesetzen ihm zukommenden Entschädigung durch den Richter anzuhalten; hat der B. R. unrichtig angewendet, wenn er daraus herleitet, daß im Fall des § 393, also bei von einer Seite geweigerter oder nicht gehörig geleisteter Erfüllung, der andere Theil nur Erfüllung und Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen könne. Der § 394 disponirt nicht über die hier vorliegende Frage; er zieht lediglich die Konsequenz aus dem vorhergehenden § 393; darnach aber bildet den Gegensatz zu den im § 394 erwähnten Befugnissen des Berechtigten nicht die Forderung des Erfüllungsinteresses, sondern der Rücktritt vom Vertrage mit den daraus sich ergebenden Ansprüchen. Auch hindert der Wortlaut des § 394 nicht, unter der den Berechtigten nach den Gesetzen zukommenden Entschädigung ebenso, wie die neben der Naturalerfüllung auch die anstatt der letzteren zu leistende, wo diese überhaupt platzgreift, zu verstehen. Ferner übersieht der B. R. bei Anwendung des § 394 a. a. O., daß ja der Kl. die Bekl. durch die Klage und die Verurtheilung im Vorprozeß in der That zur Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtung angehalten hat, und daß auch die Judikatsklage auf das Erfüllungsinteresse nur ein Mittel ist, das den Gegenstand der Verurtheilung bildende Recht zu verwirklichen, und zwar das einzige Mittel, wo die Naturalleistung selbst nicht erzwingbar ist. Erleidet auch die ursprüngliche Obligation durch das verurtheilende Judikat keine Veränderung dem Grunde nach, so gewinnt sie doch dadurch Eigenschaften, die ihr bis dahin fehlten, vor Allem die Vollstreckbarkeit, und ein Ausfluß dieser Eigenschaft ist es, daß, wenn die durch das Gesetz gegebenen Zwangsmittel versagen, die Interesseforderung eintritt. Die Besonderheit der Judikatobligation gestattet nicht, die Zulässigkeit der Interesseforderung lediglich von dem Standpunkt der ursprünglichen Obligation zu beurtheilen. Von diesem Gesichtspunkt erweist sich auch die Meinung des B. R. als unrichtig, daß zur Begründung der vorliegenden Klage der Nachweis der Unmöglichkeit der Naturalleistung im Sinne des § 360, Tit. 5, Thl. I des A. L. R., oder doch der Nachweis gehört hätte, daß eine verspätete Erfüllung dem Vertragsinteresse nicht mehr genügen würde, und insofern die nicht rechtzeitige Beschaffung des Bucheigenthums mit der Unmöglichkeit der Erfüllung zusammenfalle. Es ist eben auch hier nicht außer Acht zu lassen, daß es sich im vorliegenden Fall nicht blos um Vertragserfüllung, sondern um die Erfüllung einer judikatmäßigen Verpflichtung handelt. Der Kl. hat durch die Klage des Vorprozesses an den Tag gelegt, daß er die Erfüllung der vertragsmäßigen Verpflichtung der Bekl. sofort verlange, und demgemäß die Verurtheilung der Bekl. erreicht. Die Bekl. haben auch im vorliegenden Prozeß weder sofortige Naturalerfüllung angeboten, noch auch dieselbe in absehbarer Zeit in Aussicht gestellt. Nur wenn dies geschehen wäre, konnte in Frage kommen, ob der Kl. die Naturalerfüllung noch anzunehmen schuldig, oder ob dieselbe seinem Vertragsinteresse nicht mehr genüge, und er deshalb deren Aequivalent in Gelde zu fordern berechtigt sei. Da aber die Naturalleistung zur Zeit der Anstellung der vorliegenden Klage weder angeboten, noch erzwingbar war, so hatte Kl. keine Veranlassung, die Frage, ob eine spätere Leistung seinem Vertragsinteresse noch entsprechen würde, schon bei Begründung der Klage zur Erörterung zu stellen. V. C. S. i. S. Lange c. Glauber vom 3. Oktober 1888, Nr. 154/88 V.

22. Wer vertragsmäßig Pflichten übernommen hat, haftet für die Erfüllung derselben. Das Versprechen der Erfüllung einer eigenen Handlung enthält zugleich die Zusicherung, zur Erfüllung bereit und im Stande zu sein (Entscheidungen des R. O. H. G. Bd. XIII S. 19). Beruht die Weigerung der Erfüllung auf einem willkürlichen, freien Entschlusse des Verpflichteten, so muß er diesen vertreten, und darf sich nicht damit schützen, daß er in Folge von nicht bewiesenen Abreden oder Handlungen angenommen habe, er sei der Pflicht zur Erfüllung überhoben. Die Aufmerksamkeit, zu welcher das Gesetz jeden Kontrahenten verpflichtet, wird vielmehr gröblich verletzt, wenn Jemand auf angenommene Möglichkeiten hin gegen den Vertrag handelt. V. C. S. i. S. Lenz c. Kemnitz vom 3. Oktober 1888, Nr. 186/88 V.

23. Der Einwand der Verjährung ist in Ansehung der vor dem Jahre 1881 fällig gewordenen Pachtraten durch § 2 Nr. 5 des Gesetzes vom 31. März 1838 begründet. Der B. R. schließt die Verjährung aus, weil nach § 568 Thl. I Tit. 9 des A. L. R. die vollendete Verjährung durch Nichtgebrauch (nur) die rechtliche Vermuthung wirke, daß die ehemals entstandene Verbindlichkeit in der Zwischenzeit auf eine oder die andere Art gehoben worden, von einer solchen Vermuthung der Tilgung aber da nicht gesprochen werden könne, wo — wie hier — unstreitig sei, daß die Forderung nicht getilgt sei. Dieser Entscheidungsgrund ist in mehrfacher Beziehung rechtsirrthümlich. Es bedarf hier keines Eingehens auf die Entstehungsgeschichte der §§ 568, 569 Tit. 9 Thl. I des A. L. R. und ihr Verhältniß zu anderen, mit der Annahme einer bloßen Vermuthung der Tilgung nicht im Einklang stehender Vorschriften des A. L. R. (§§ 501, 569 Tit. 9, § 7 Tit. 16 Thl. I des A. L. R.), selbst wenn man nämlich mit dem B. R. den § 568 ohne Rücksicht auf die übrigen Bestimmungen des Titels und den in unmittelbarem Zusammenhange mit ihm stehenden § 569 betrachten wollte, würde er im vorliegenden Falle die Ausschließung des Verjährungseinwandes nicht rechtfertigen. Denn die nach § 568 durch die Verjährung bewirkte Vermuthung bezieht sich nicht auf eine bestimmte Tilgungsart, insbesondere auf die Tilgung der Verbindlichkeit durch Erfüllung, sondern läßt es unbestimmt, in welcher Art die ehemalige Verbindlichkeit gehoben worden. Dies verkennt offenbar der Richter, wenn er die Vermuthung der Tilgung hier für ausgeschlossen erachtet, weil es unstreitig sei, daß die Forderung nicht getilgt sei. Das von dem Richter festgestellte Einverständniß der Parteien geht aber nur dahin, daß die hier eingeklagten Pachtrückstände nicht gezahlt worden sind. Daß die fragliche Verpflichtung nicht in anderer Art gehoben worden sei, ist keineswegs unstreitig, vielmehr gerade Gegenstand des Rechtsstreites. Der B. R.

läßt aber auch ganz außer Acht, daß der § 568 seine Ergänzung und Erklärung in dem sich anschließenden § 569 findet, mit welchem zusammen er, wie bekannt, nachträglich in das Gesetzbuch eingeschaltet worden ist (Vergl. Koch Kommentar Art. 6 und 7 zu §§ 568 und 569). Nach diesem Paragraphen kann jene Vermuthung nur durch den (vollständigen) Beweis entkräftet werden, daß der andere *unredlicher Weise und gegen besseres Wissen* von seiner noch fortwährenden Verbindlichkeit sich der Erfüllung derselben entziehen wolle. — (Vergl. R. G. bei Gruchot Bd. 30 S. 948). Daß der Bekl. sich *unredlicher Weise* seiner Verpflichtung entziehen will, obwohl er von der Fortdauer derselben selbst überzeugt sei, hat der B. R. nicht festgestellt und ist auch vom Kl. selbst nicht geltend gemacht worden. Der B. R. konstatirt vielmehr selbst aus den Beweisergebnissen, daß unter den Parteien Unterhandlungen über den Pachterlaß stattgefunden haben, daß Kl. zu einem Erlaß sich geneigt gezeigt, *solchen bezüglich einzelner Raten, oder auch bezüglich eines längeren Zeitraums vielleicht auch bewilligt hat.* — V. C. S. i. S. Engser c. Ninow vom 26. September 1888, Nr. 141/88 V.

24. Die im § 93 Thl. I Tit. 12 des A. L. R. enthaltene Bestimmung, nach welcher Dorfgerichte, die aus einem Schulzen und zwei vereideten Schöppen bestehen, unter Zuziehung eines vereideten Gerichtsschreibers Testamente bei Gefahr im Verzuge gültig an- und aufnehmen können, muß in Verbindung mit der Vorschrift im § 104 a. a. O. aufgefaßt werden. Nach letzterer Vorschrift hat der Richter, wenn der Erblasser seine Verordnung mündlich zum Protokoll erklären will, alles zu beobachten, was nach Vorschrift der Prozeßordnung zu einem gerichtlichen Protokoll erfordert wird. Bei einem dorfgerichtlichen Testamente vertreten der Schulze und die Schöppen die Stelle des Richters (Bornemann, System Bd. 6 S. 37). Ihnen liegt also, wenn das dorfgerichtliche Testament gültig sein soll, die Wahrung aller wesentlichen Erfordernisse eines gerichtlichen Protokolles ob. Die dieser Meinung entgegenstehende Auffassung der Kl. ist unrichtig. Das dorfgerichtliche Testament gehört nicht zu den sogenannten privilegirten Testamenten, bei denen die für Testamente gegebenen allgemeinen Formvorschriften überhaupt außer Kraft treten und, regelmäßig zum Zwecke der Ermöglichung einer Testamentserrichtung, die ausgeschlossen sein würde, wenn die allgemeinen Formvorschriften Geltung behielten, durch andere, leichter zu beobachtende Formen ersetzt werden. Es ist vielmehr, wie sich aus dem Wortlaute des § 93 a. a. O., sowie aus der Systematik der Bestimmungen des A. L. R. ergiebt, vom Gesetzgeber als eine Unterart des gerichtlichen Testamentes in der Art gedacht, daß an Stelle des ordentlichen Gerichtshalters, wenn dessen Herbeikunft nicht abgewartet werden kann, der Schulze und die Schöppen, an Stelle des vereideten Protokollführers der vereidete Gerichtsschreiber mit allen den Obliegenheiten treten, die für die Auf- oder Abnahme eines gerichtlichen Testamentes vorgeschrieben sind. Ueber die Obliegenheiten des Richters bei Aufnahme eines gerichtlichen Protokolls enthalten die §§ 22 ff. Thl. II Tit. 2 der Allgemeinen Gerichtsordnung ausführliche Bestimmungen. Nach denselben ist es die Pflicht des Richters, den Sinn und die wahre Meinung dessen, der vor ihm eine Willenserklärung abgiebt, durch deutliche und umständliche Vernehmung des Erklärenden zu ermitteln (§ 34) und, wenn der Wille des Erklärenden mit hinlänglicher Zuverlässigkeit und Vollständigkeit erforscht worden ist, für die Aufnahme des Protokolls Sorge zu tragen (§ 42). Wird erwogen, daß beim dorfgerichtlichen Testamente der Schulze und die beiden Schöppen an der Stelle des Richters stehen, so folgt, daß die Obliegenheiten, welche nach § 34 a. a. O. der Richter hat, beim dorfgerichtlichen Testamente solche der drei bezeichneten Personen sind, daß es den letzteren also gemeinschaftlich obliegt, den wahren Willen dessen, der die Erklärung abgiebt, zu ermitteln. Dies ist nicht dahin zu verstehen, daß alle drei Personen bei der fraglichen Ermittelung nothwendig thätig zu sein haben. Es reicht hin, wenn einer oder der andere von ihnen sich der Vernehmung des Erblassers unterzieht. Die Vernehmung aber muß in der Art erfolgen, daß alle zur Mitwirkung bei der Errichtung des Testamentes berufenen Personen den in ihrer Gegenwart kundgegebenen Willen des Erblassers als solchen zu erkennen in der Lage sind. Hieraus ergiebt sich, daß eine Verhandlung vor den Dorfgerichten zum Zwecke der Aufnahme eines Testamentes die Anwesenheit jener Personen von dem Beginn der Verhandlung an erfordert, wie denn auch die revidirte Instruktion für die Dorfgerichte bei den von ihnen vorzunehmenden gerichtlichen Verhandlungen vom 11. Mai 1854 (Justizministerialblatt S. 206) im § 11 die Gegenwart des Schulzen, der Schöppen und des Gerichtsschreibers vom Beginn der Verhandlung bis zur Beendigung derselben für erforderlich erklärt. Diese Anwesenheit ist zwar nicht dergestalt Erforderniß der Testamentserrichtung, daß eine jede zeitweilige Entfernung der einen oder der anderen betheiligten Person von dem Orte der Testamentserrichtung die Rechtsgültigkeit des Testamentes in Frage stellen könnte. Allein es muß als erforderlich angesehen werden, daß eine jede, in die Zeit solcher Unterbrechung der Testamentserrichtungshandlung fallende, auf die Testamentserrichtung bezügliche und für die Erkenntniß des Willens des Erblassers wesentliche Aeußerung des Erblassers bei Wiederaufnahme der Verhandlung als Wille des Erblassers von dem letzteren wiederholt werde oder doch anderweit in geeigneter, überzeugender Weise zur Kenntniß des Mitgliedes des Dorfgerichtes, das sich entfernt hatte, gelange. Für den Fall eines von einem Richter selbst aufgenommenen Testamentes, bei dessen Errichtung an Stelle eines vereideten Protokollführers zwei vereidete Schöppen, wie solches der § 83 Thl. 1 Tit. 12 des A. L. R. zuläßt, mitwirken, hat das vormalige Königlich Preußische Obertribunal in dem Urtheile vom 10. September 1846 (Entscheidungen Bd. 13 S. 197) angenommen, daß es keine Nichtigkeit des Testamentes erzeuge, wenn einer der bei dessen Aufnahme zugezogenen Gerichtsschöppen sich während der Verhandlung nicht ununterbrochen bei derselben anwesend befunden habe, sofern nur das vollständig besetzte Gericht bei der Verlesung, Genehmigung und Vollziehung des Protokolls gegenwärtig gewesen sei. Es wird also bei der Frage der Rechtsgültigkeit des Testamentes auf den Theil der Verhandlung, in welchem die zur Theilnahme an der Testamentserrichtung berufenen Personen sich über den Willen des Erklärenden und den Inhalt der aufzunehmenden Erklärung zu unterrichten suchen, das entscheidende Gewicht nicht gelegt. Diese Verhandlung soll nur die Bedeutung einer Vorbereitung für die Aufnahme des Protokolls haben, und die Handlung der Testamentserrichtung

für welche die Anwesenheit der zur Mitwirkung berufenen Personen erforderlich wird, erst mit der Vorlesung des Protokolls beginnen. Dieser Auffassung sind Thämmel (Errichtung des letzten Willens S. 58 f.), Förster (Theorie und Praxis Bd. 4 § 249 Thl. 1 Anmerkung 37), Eccius (4. Auflage desselben Werkes Bd. 4 § 249 Thl. I Anmerkung 29), Dernburg (Privatrecht Bd. 3 § 107 Anmerkung 27), Rehbein (Entscheidungen Bd. II S. 455) entgegengetreten. Sie läßt sich auch nicht aufrecht halten. Nach § 50 Thl. 1 Tit. 50 der Allgemeinen Gerichtsordnung muß der von dem Richter bei Aufnahme eines gerichtlichen Protokolls zuzuziehende Protokollführer der Verhandlung von deren Anfange bis zum Ende beiwohnen. Dasselbe hat von den Schöppen, welche bei der Testamentserrichtung an Stelle des Protokollführers zugezogen werden, zu gelten. Die Anwesenheit aller derjenigen Personen, deren Mitwirkung bei der Errichtung des Testamentes erforderlich ist, soll die Gewähr für richtige Erkenntniß des Willens des Erblassers und für die richtige Niederschrift des erkannten Willens erhöhen. Die Anwesenheit der einen oder der anderen derselben nur bei der Verlesung des Protokolls und dessen Genehmigung Seitens des Erblassers würde im Verhältniß zur Anwesenheit während der ganzen Verhandlung nur eine wesentlich verringerte Gewähr bieten können. Ist aber schon in dem Falle, in welchem die beiden Schöppen zusammen die Stelle des Protokollführers einnehmen, die Gültigkeit des Testamentes von der Anwesenheit der beiden Schöppen bei der ganzen Testamentserrichtung erforderlich, so muß dies umsomehr in dem vorliegenden Falle angenommen werden, in welchem die Schöppen mit dem Schulzen die Stelle des Richters bei der Testamentserrichtung eingenommen haben. IV. C. S. i. S. Bleichrodt und Gen. c. Heinze vom 24. September 1888, Nr. 120/88 IV.

25. Die Ausführung des B. R. entspricht dem Plenarbeschluß des vormaligen Preußischen Obertribunals vom 4. Juli 1859 (Entscheidungen Bd. 40 S. 481, Bd. 41 S. 1, Justizministerialblatt S. 299), durch welchen der Rechtssatz ausgesprochen ist: „Damit bei einer Expromission die Aufhebung der Verbindung zwischen dem Gläubiger und dem ersten Schuldner hervorgebracht werde, ist die ausdrücklich und, wo es der Gegenstand erfordert, schriftlich erklärte Einwilligung des Gläubigers in die Entlassung des ersten Schuldners erforderlich." Von diesem seither in der Praxis maßgebend gewesenen (vergl. Erkenntniß des Obertribunals vom 12. April 1864 und vom 9. Januar 1871, Striethorst, Archiv Bd. 53 S. 233, Entscheidungen Bd. 65 S. 292) und durchaus richtigem Satze abzugehen, liegt keine Veranlassung vor. V. C. S. i. S. Hannemann c. Fleischmann vom 13. Oktober 1888, Nr. 170/88 V.

26. Nach § 440 I. 16 A. L. R. werden durch einen Vergleich, welchen Intestaterben mit solchen, die durch Testamente oder Verträge zu Erben eingesetzt worden sind, abgeschlossen haben, die Rechte derer, die im Testamente oder Vertrage mit Vermächtnissen bedacht sind, insofern die Bedachten die Gültigkeit des Testamentes oder Erbvertrages nachweisen können, nicht verändert. Die Bestimmung ist ein Ausfluß des Rechtsgrundsatzes, nach welchem zur Begründung der Klage des Vermächtnißnehmers gegen den mit dem Vermächtnisse belasteten Erben der Nachweis gehört, daß der Bekl. der zur Erbschaft Berufene ist (Dernburg Bd. 3 § 145). Wird über die Gültigkeit des Testamentes, in welchem das Vermächtniß ausgesetzt ist, gestritten, so kann der Vermächtnißnehmer die Erben erst dann belangen, wenn der Rechtsstreit rechtskräftig entschieden ist (§ 295 Thl. I Tit. 12 A. L. R.). Gestritten wird darüber, ob die Vermächtnißnehmer eine ohne ihre Zuziehung zwischen dem im Testamente eingesetzten Erben und den anderen, auf die Erbschaft Anspruch erhebenden Personen ergangene rechtskräftige Entscheidung gegen sich gelten lassen müssen, oder ob sie berechtigt sind, ihrerseits die Rechtsgültigkeit des Testamentes gegen den mit den Vermächtnissen belasteten Testamentserben trotz einer ohne ihre Zuziehung zum Nachtheile des Testamentserben ergangenen Entscheidung klar zu stellen (Entscheidungen des Obertribunals Bd. 37 S. 341 ff.; Striethorst, Archiv Bd. 12 S. 61; Dernburg Bd. 3 § 145). Wird aber der Streit durch Vergleich erledigt, so ist dem Vermächtnißnehmer durch § 440 Thl. I Tit. 16 A. L. R. die rechtliche Möglichkeit gegeben, die Gültigkeit des Testamentes, auch wenn dieselbe in dem Vergleiche verneint worden ist, dem mit dem Vermächtnisse belasteten Testamentserben gegenüber nachzuweisen. Einen solchen Nachweis haben die Kl. nicht erbracht, auch nicht angetreten. Darauf, ob der im Testamente zum Erben Eingesetzte die Erbschaft durch ausdrückliche Erklärung angetreten hat, und wie — ob mit Berufung auf die Rechtswohlthat des Inventariums oder ohne Vorbehalt — die Antretungserklärung von ihm abgegeben worden ist, kommt es für die Frage, welche Wirkung ein zwischen ihm und anderen, auf die Erbschaft Anspruch erhebenden Personen über die Gültigkeit des Testamentes entstandener Streit und die Entscheidung dieses Streites durch Urtheil oder Vergleich auf die Rechte der Vermächtnißnehmer hat, nicht an. Die von dem im Testamente zum Erben Eingesetzten abgegebene Erklärung, die Erbschaft unbedingt anzutreten, und ein dieser Erklärung entsprechendes Verhalten begründet eine Verbindlichkeit des zum Erben Eingesetzten zur Entrichtung der Vermächtnisse nur unter der Voraussetzung einer Rechtsbeständigkeit des Testamentes. IV. C. S. i. S. Purrmann und Genossen c. Sommer vom 2. Oktober 1888, Nr. 137/88 IV.

27. Die §§. 187 und 726 A. L. R. Thl. II Tit. 1 regeln die Verpflichtung des Mannes zur Zahlung der Prozeßkosten lediglich seiner Ehefrau gegenüber. Ein Recht der Gerichtskasse, den Ehemann wegen Kosten in Anspruch zu nehmen, welche die Ehefrau schuldig geworden, ist nach diesen Vorschriften nicht begründet und auch sonst weder aus den Bestimmungen des G. K. G. (§§ 86 ff.) noch aus Vorschriften des bürgerlichen Rechts (a. a. O. § 92) herzuleiten. IV. C. S. i. S. Goldberg c. Goldberg vom 19. Oktober 1888, B. Nr. 91/88 IV.

28. Es handelt sich im vorliegenden Falle nicht um einen Streit der Eltern darüber, ob die Kinder bei der Mutter oder bei dem Vater erzogen werden sollen, sondern um einen Anspruch der Kinder gegen den Vater auf Gewährung des Unterhaltes außer dem Hause des Vaters. Für den Anspruch auf Gewährung des Unterhaltes gilt der Satz, daß der Verpflichtete der Regel nach, wenn nicht besondere Umstände eine Ausnahme nothwendig machen, den Unterhalt nur in seiner eigenen Häuslichkeit zu gewähren verpflichtet ist, nicht aber die Kosten des Unterhaltes außerhalb dieser seiner Häuslichkeit zu tragen hat. Es fragt sich also, ob von dieser Rechtsregel im vorliegenden Falle eine Ausnahme zu Gunsten des mit der Klage erhobenen Anspruchs

zu machen ist. Die Frage muß bejaht werden. Das Kind ist daran gehindert, die Gewährung des Unterhaltes in dem Hause des Vaters zu empfangen, wenn dem Vater das Erziehungsrecht über das Kind nicht zusteht. Liegt dieser letztere Fall vor, so fällt damit nicht die Verpflichtung des Vaters weg, dem Kinde Unterhalt zu gewähren. Die Verbindlichkeit des Vaters, nach Inhalt der §§ 103 ff. II. 2. A. L. R. entweder allein oder in Gemeinschaft mit der Mutter die Kosten des Unterhaltes zu bestreiten, besteht auch in dem Falle, in welchem dem Vater das Erziehungsrecht nicht zusteht. Und sie geht in dem fraglichen Falle dahin, daß der Vater die Kosten des Unterhaltes außerhalb seiner Häuslichkeit mit der bezeichneten Maßstabe zu tragen hat. Für die Frage aber, ob bei gegenwärtiger Sachlage das Erziehungsrecht dem Vater zusteht, ist das Ehescheidungsurtheil, durch welches der Vater für den allein schuldigen Theil erklärt worden, nach § 92 a. a. O. normgebend. Wenn im § 92 angeordnet ist, daß Kinder geschiedener Eltern der Regel nach bei dem unschuldigen Theile erzogen werden müssen, so ist damit, wie das B. G. richtig angenommen hat, eine die in Betracht kommenden rechtlichen Beziehungen aller Betheiligten, der Eltern wie der Kinder, regelnde Bestimmung getroffen. Derselben sind in den folgenden Paragraphen gewisse Ausnahmen beigefügt. Auch ist die im § 92 gegebene Bestimmung an sich, abgesehen von jenen Ausnahmen, nicht unabänderlich. Allein darüber, ob eine jener Ausnahmen vorliegt, hat nicht das Prozeßgericht, sondern das Vormundschaftsgericht zu entscheiden. Ebenso kann eine die Norm des § 92 abändernde Anordnung nur vom Vormundschaftsgericht getroffen oder unter ausdrücklicher oder stillschweigender Genehmigung des Vormundschaftsgerichts Seitens der Eltern selbst vereinbart werden. Zu vergleichen: Präjudiz 404 des vormaligen Königlich Preußischen Obertribunals vom 15. Januar 1838 (Präjudizien-Sammlung Bd. 1 S. 164); Entscheidungen des vormaligen Königlich Preußischen Obertribunals Bd. 37 S. 233; Striethorst Archiv Bd. 26 S. 343; Dernburg, Preußisches Recht Bd. 3 § 51; Förster-Eccius Bd. 5 § 222 b. IV. C. S. i. S. Heeder c. Heeder vom 24. September 1888, Nr. 172/88 IV.

V. Sonstige Preußische Landesgesetze.

Zu den Gesetzen vom 11. Mai 1842 und 11. März 1850.

29. Das Gesetz vom 11. März 1850 bezeichnet in § 1 die Beamten, welchen die örtliche Polizeiverwaltung übertragen wird, und in § 6 die Gegenstände, welche den ortspolizeilichen Vorschriften unterworfen sind. Hiermit sind die gesetzlichen Voraussetzungen einer polizeilichen Verfügung bestimmt, als solche erscheint jede Anordnung, welche der Träger der Polizeigewalt innerhalb der ihm durch das Gesetz bestimmten Zuständigkeit, also bezüglich eines den ortspolizeilichen Vorschriften unterliegenden Gegenstandes getroffen hat. Diese einzigen Voraussetzungen für den Erlaß der bezeichneten Anordnungen sind in vorliegendem Falle nach den thatsächlichen Feststellungen gegeben, denn zu den Gegenständen der örtlichen Polizeiverwaltung gehört nach dem angeführten § 6 der Schutz der Personen, die Sorge für Leben und Gesundheit sowie Alles, was im besonderen Interesse der Gemeinden und ihrer Angehörigen angeordnet werden muß. In Ausübung dieser Befugnisse hat der Bürgermeister gehandelt, als er dem Rosenstein eine Vollmacht einhändigte, in welcher er unter Bezugnahme auf § 360 Ziffer 10 des Strafgesetzbuchs Jedem Strafe androhte, welcher der an ihn gerichteten Aufforderung zur Hülfeleistung nicht nachkommen sollte, denselben Charakter tragen die von dem Bürgermeister veranlaßten Rettungsarbeiten sowie die an die Kl. erlassene Aufforderung zur Zahlung der entstandenen Kosten. Der Rechtsweg erscheint daher nach § 1 des Gesetzes vom 11. Mai 1842 ausgeschlossen, da der in dieser Bestimmung enthaltene Ausnahmefall nicht behauptet wird. Der B. R. faßt den Rechtsbegriff der polizeilichen Verfügungen zu eng auf. Er spricht den Anordnungen des Bürgermeisters den Charakter der polizeilichen Verfügung ab, weil der Beamte nicht mit der Absicht gehandelt habe, die Kl. unter Androhung der Zwangsvollstreckung mit den Kosten zu belasten. Die Feststellung dieser Absicht erscheint aber unerheblich, denn wenn sich die Anordnung selbst als eine Verfügung darstellt, welche der Bürgermeister innerhalb der Grenzen seiner Zuständigkeit getroffen hat, so trägt die Einziehung der Kosten denselben Charakter wie die Anordnung selbst. Mit Unrecht nimmt ferner das B. G. an, es habe einer ausdrücklichen Erklärung des Bürgermeisters bedurft, daß er in der Eigenschaft als Polizeibeamter auftrete. Einer solchen im Gesetze nicht vorgeschriebenen Berufung auf die Amtsgewalt bedurfte es nicht, da der amtliche Charakter des Bürgermeisters den Personen, welche mit den Rettungsarbeiten beauftragt wurden, bekannt war. Ebensowenig kann aus dem Gesetze die Nothwendigkeit der Androhung, daß im Weigerungsfalle des Verpflichteten die Anordnung auf dessen Kosten erfolgen werde, hergeleitet werden. Nach § 20 des Gesetzes vom 11. März 1850 ist die Polizeibehörde zwar befugt, die Ausführung ihrer Anordnungen von dem dazu Verpflichteten unter der Androhung der Ausführung auf dessen Kosten zu verlangen, sie ist aber nicht gehindert, ihre Anordnungen selbst zur Ausführung zu bringen, wenn sie dies nach ihrem pflichtmäßigen Ermessen für erforderlich hält, oder wenn, wie im vorliegenden Falle, der Verpflichtete zur Ausführung außer Stande ist. II. C. S. i. S. Gemeinde Bassenheim c. Flock vom 12. Oktober 1888, Nr. 177/88 II.

Zum s. g. Fluchtliniengesetz vom 2. Juli 1875.

30. Der B. R. hat dem Ortsstatut II von Berlin, sowie überhaupt dem Gesetz vom 2. Juli 1875 die Anwendung auf den vorliegenden Fall versagt, weil die Festsetzung der Baufluchtlinie der Fennstraße bereits durch den Bebauungsplan von 1862, also lange Zeit vor dem Inkrafttreten des genannten Gesetzes erfolgt ist. Diese Erwägung ist rechtsirrthümlich und verletzt das Gesetz vom 2. Juli 1875 und insbesondere den § 15 desselben, auf welchem das dem Anspruch der Bekl. zu Grunde liegende Ortsstatut beruht. Daß das letztere selbst auch für den ganzen Umfang des bereits seit 1862 bestehenden Bebauungsplans gegeben ist, kann, da es eine entsprechende Einschränkung nicht enthält und überdies an einzelnen Stellen (§ 9, 14) des Bebauungsplans ausdrücklich erwähnt, keinem begründeten Zweifel unterliegen. Es kann sich also nur fragen, ob in dieser Beziehung das Statut die den § 15 des Gesetzes vom 2. Juli 1875 der Willkür der Gemeinde gezogene Grenzen überschreitet. Das ist nicht der Fall. Die §§ 12 und 15 des gedachten Gesetzes verfolgen den Zweck, die Gemeinden vor finanzieller Ueberlastung

bei und in Folge der fortschreitenden Ausdehnung des Straßennetzes zu schützen, indem sie den Gemeinden die Befugniß verleihen durch Erlaß von Ortsstatuten, a) die Errichtung von Wohngebäuden an noch nicht fertig gestellten Straßen zu untersagen (§ 12), b) die Unternehmer einer neuen Straßenanlage oder die Anbauer an einer neuen oder schon vorhandenen aber noch unbebauten Straße zu den Kosten der gesammten Straßenanlage heranzuziehen (§ 15). Diese Bestimmungen gewähren keinen Anhalt dafür, daß sie nur unter der Voraussetzung gelten sollen, daß die dabei in Frage kommenden Baufluchtlinien nach den Vorschriften des neuen Gesetzes (§ 1 fg. a. a. O.) festgesetzt worden sind. Eine solche Beschränkung würde dem Zwecke des Gesetzes durchaus widersprechen, denn sie würde alle Gemeinden von den Wohlthaten der §§ 12 und 15 ausschließen, welche zu einer Feststellung von Fluchtlinien nach den Vorschriften des neuen Gesetzes nicht geschritten sind, weil dieselben, wie z. B. in Berlin unter Allerhöchster Genehmigung bereits vor dem Inkrafttreten des letzteren festgestellt waren. Diese Gemeinden würden dadurch in die Zwangslage versetzt worden sein, entweder einen neuen Bebauungsplan (respektive den früheren wiederholt) aufzustellen, oder auf den Erlaß von Statuten im Sinne der §§ 12 und 15 für den Anhang des bestehenden Bebauungsplanes zu verzichten. Sind sie dennoch zu dem Erlaß von Statuten geschritten, so würden folgerecht diese den von dem früheren Bebauungsplan betroffenen Eigenthümern gegenüber unverbindlich sein, ihren Zweck also insoweit verfehlen. In der That aber ist kein Grund ersichtlich, Verpflichtungen und Beschränkungen, welche durch Ortsstatut innerhalb der Grenzen der §§ 12 und 15 a. a. O. den Betheiligten auferlegt sind, nicht gelten zu lassen, wenn die Festsetzung der Fluchtlinien der in Betracht kommenden Straßen vor dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 2. Juli 1875 erfolgt ist. § 10 erwähnt ausdrücklich der vor dem Erlaß des Gesetzes getroffenen Festsetzung von Fluchtlinien und der bestehenden Bebauungspläne in den Städten Berlin, Potsdam und Charlottenburg und der letzte Abs. des § 15 bewahrt für die Stadt Berlin dem Regulativ vom 31. Dezember 1838 seine Gültigkeit bis zu dem Zustandekommen eines Statuts (im Sinne dieses Paragraphen) ohne an letzteres die Bedingung einer vorherigen Aufstellung eines anderweiten Bebauungsplanes zu knüpfen. Der B. R. beruft sich für seine Ansicht von der Nichtanwendbarkeit des Gesetzes vom 2. Juli 1875 auf die Entscheidung des R. G., welche Bd. VI S. 295 der Entscheidungen abgedruckt ist. Dort handelte es sich aber nur um die Anwendung und Auslegung des § 13 des Gesetzes, welcher bestimmt, in welchen Fällen wegen Entziehung oder Beschränkung des von der Festsetzung neuer Fluchtlinien betroffenen Grundeigenthums Entschädigung zu leisten ist, speziell darum, was unter „neuen Fluchtlinien" im Sinne dieses Paragraphen zu verstehen ist; (vergl. auch R. G. bei Gruchot Bd. 31 S. 1061) und nur die Nichtanwendbarkeit dieses Paragraphen auf Entschädigungsansprüche, welche wegen auf älteren Bebauungsplänen beruhenden Eigenthumsbeschränkungen erhoben wurden, ist in den gedachten Entscheidungen ausgesprochen. Die Frage der Anwendbarkeit des Gesetzes in seinen sonstigen Bestimmungen und insbesondere der auf Grund der §§ 12 und 15 erlassenen Ortsstatute wird durch jene Entscheidungen nicht berührt. Kann hiernach die Anwendung der §§ 12 und 15 a. a. O. und folglich der demgemäß erlassenen Ortsstatute nicht auf solche Fälle beschränkt werden, in denen die Fluchtlinien der dort bezeichneten Straßen nach den Vorschriften des gedachten Gesetzes festgesetzt worden sind, so frägt es sich weiter, ob die Voraussetzung des die streitige Verpflichtung des Kl. begründenden § 14 des Ortsstatuts II (Anbau an einer bisher unbebauten Straße oder einem solchen Straßentheil) vorliegt. Der B. R. hat dies verneint, indem er annimmt, daß die Fennstraße zur Zeit des Erlasses des Statuts zu den sogenannten historischen Straßen von Berlin gehört habe. Er leitet jedoch diesen Charakter der Fennstraße lediglich aus dem Umstande her, daß dieselbe schon im Jahre 1869 mit dem ersten Straßenpflaster versehen worden ist, und die Kosten dafür gemäß Regulativ vom 31. Dezember 1838 von den Adjazenten eingezogen worden sind. Es ist nicht ersichtlich, wie dadurch die Fennstraße zu einer *historischen* Straße werden konnte. Die Frage, ob eine Straße eine historische, kann aber im Sinne des § 15 des Gesetzes vom 2. Juli 1875 und des auf Grund dieses Paragraphen erlassenen Statuts überhaupt nicht wesentlich in Betracht kommen, sie ist von Bedeutung für die Anwendung des § 12 a. a. O. und zwar um deshalb, weil eine nach den baupolizeilichen Bestimmungen nicht fertig gestellte Straße sehr wohl als städtische Straße von altersher bestanden haben kann (vgl. Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 3 S. 304). In den Fällen des § 15 a. a. O. und speziell im Fall des § 14 des Statuts aber kann ein solcher Zwiespalt gar nicht eintreten. Denn eine „vorhandene aber bisher unbebaute" Straße, wie § 14 des Statuts im Einklang mit § 15 des Gesetzes voraussetzt, kann als eine historische Straße im Sinne der gedachten Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts nicht angesehen werden. Es kommt vielmehr im Sinne des § 14 des Ortsstatuts und § 15 des Gesetzes immer nur darauf an, ob die Fennstraße (oder der Straßentheil, an welchem das Grundstück des Kl. liegt) zur Zeit des Erlasses des Statuts noch unbebaut oder bereits bebaut war. Diese unter den Parteien streitige, wesentlich thatsächliche Frage ist vom B. R. nicht beantwortet worden. War die Straße eine unbebaute überhaupt oder in dem hier in Rede stehenden Theil, so ist der Widerklageantrag begründet, und folgerecht die Klage abzuweisen. Andernfalls gilt das Umgekehrte: das heißt es kann die Abtretung des erforderlichen Straßenlandes nur gegen Entschädigung verlangt werden. In diesem Fall erscheint auch der eventuelle Klageantrag, nach welchem in I. und II. J. erkannt worden ist, nicht rechtsverletzend für die Bekl. Denn wenn auch dieselbe im vorliegenden Prozeß die Abtretung des fraglichen Terrains nur für den Fall begehrt, daß sie es unentgeltlich bekommen kann, so ist doch, wie schon der I. R. festgestellt hat, die Einverleibung in das Straßenterrain thatsächlich erfolgt, und es hat die Bekl. sich nicht erboten, das fragliche Terrain dem Kl. zurückzugewähren. Daraus aber, daß sie nicht nach dem prinzipalen Klageantrage direkt zur Schadloshaltung des Kl. verurtheilt worden ist, kann die Bekl. keinen Grund zur Beschwerde entnehmen (vgl. R. G. Bd. I S. 171). V. C. S. i. S. Stadt Berlin c. Rohde vom 10. Oktober 1888, Nr. 166/88 V.

VI. Das Französische Recht (Badische Landrecht).

31. Der Art. 901 des c. c. bestimmt, daß derjenige, welcher eine Schenkung unter Lebenden machen oder ein Testament errichten will, bei *gesundem Verstande* — sain d'esprit —

sein, d. h. die für einen solchen Akt erforderliche Geistes- und Willensfähigkeit haben muß. Vergl. Zachariae Dreyer Bd. IV § 648; Aubry und Rau Bd. VII § 648; Demolombe Bd. 18 Nr. 333. Wenn daher klägerischer Seits davon ausgegangen wird, daß ein Testament ungültig sei, falls der Erblasser sich im Augenblicke der Errichtung nicht im Vollbesitze seiner geistigen und moralischen Fähigkeiten befunden habe, so geht das über das Gesetz hinaus. Namentlich schließt aber der Umstand, daß die geistigen Kräfte eines Menschen durch Alter und körperliche Gebrechen geschwächt sind, die Gültigkeit seines Testaments so lange nicht aus, als der Zustand desselben nicht der Art ist, daß ihm die Fähigkeit vernünftiger Willensbestimmung mangelt. Ob letzteres der Fall, ist Sache der thatsächlichen Beurtheilung. Vergl. Demolombe Bd. 18 Nr. 358; Laurent Bd. XI p. 167; Sirey c. annoté ad art. 901 Nr. 12. — Kaptation und Suggestion haben im c. c. als besondere Gründe der Nichtigkeit eines Testaments keine Anerkennung gefunden. Dieselben kommen nur ex capite doli in Betracht, wenn feststeht, daß dem Erblasser falsche Vorspiegelungen gemacht sind und letzterer dadurch zu einer Verfügung bestimmt worden ist, welche er sonst nicht getroffen hätte, die also nicht einen Ausfluß seines freien Willens bildet. Vergl. Laurent Bd. XI Nr. 133; Aubry und Rau Bd. VII p. 67 und Not. 7; Zachariae Dreyer Bd. IV § 653 und Not. 3; Demolombe Bd. 18 Nr. 392; Sirey l. cit. ad art. 901. II. C. S. i. S. Peltzer und Gen. c. Volkmar vom 29. Oktober 1888, Nr. 167/88 II.

32. Die Revision war nach § 509 Ziffer 2 der C. P. O., § 70 des G. V. G. und § 39 des Preußischen Ausführungsgesetzes zum G. V. G. ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes für zulässig zu erachten, denn die Klage verfolgt einen Anspruch wider einen öffentlichen Beamten wegen angeblich pflichtwidriger Unterlassung einer Amtshandlung. Dieselbe erscheint auch als begründet. Kl. fordert Schadensersatz, weil ihm der Gerichtsvollzieher unrichtiger Weise mitgetheilt habe, der Verkauf werde um 11 Uhr beginnen, während derselbe nach der öffentlichen Bekanntmachung auf 10 Uhr angesetzt gewesen und um diese Stunde begonnen worden sei, Kl. daher durch den erregten Irrthum den Beginn der Versteigerung versäumt habe und außer Stand gesetzt worden sei, einen dem wahren Werthe der Pfandstücke entsprechenden Preis zu erzielen. Da der mit der Zwangsvollstreckung beauftragte Gerichtsvollzieher in der Doppelstellung eines Beauftragten des Gläubigers und eines staatlichen Beamten handelt (vergleiche Entscheidungen des R. G. Bd. 16 S. 397), enthält die angegebene Klagebegründung einen zweifachen Rechtsgrund für die behauptete Entschädigungspflicht, das in der Ausübung des Amtes angeblich durch Nichtbeobachtung des § 61 der Geschäftsanweisung begangene Versehen, also eine négligence im Sinne des Art. 1383 des B. G. B. und eine Verletzung der dem Beauftragten nach den Grundsätzen des Bevollmächtigungsvertrages obliegenden Verbindlichkeiten. (Art. 1992 des B. G. B.) Der B. R. läßt dahingestellt, ob dem Gerichtsvollzieher nach der Geschäftsanweisung die Verpflichtung zur Benachrichtigung des Gläubigers obgelegen habe, und verneint die Entschädigungspflicht, weil nicht Arglist sondern nur Fahrlässigkeit behauptet werde, und der Beamte auch bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt den schädigenden Erfolg seiner Handlungsweise nicht habe voraussehen können. Für diese Entscheidung war anscheinend Art. 1150 des B. G. B. maßgebend, nach welcher im Falle der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit der Schuldner nur für denjenigen Schaden haftet, welcher zur Zeit der Eingehung des Vertrages vorausgesehen wurde oder vorhergesehen werden konnte. Ob dieser Entscheidungsgrund als genügend zu erachten wäre, um die dem Beauftragten nach den Grundsätzen des Mandats gemäß Art. 1992 des B. G. B. obliegende Entschädigungspflicht zu beseitigen, kann dahingestellt bleiben, denn es handelt sich für die Revision nur um den weiteren Klagegrund, nämlich die behauptete Verletzung einer Amtspflicht. Von diesem Gesichtspunkte aus ist nach Art. 1383 des B. G. B. nur zu prüfen, ob dem Bekl. eine Unvorsichtigkeit oder Nachlässigkeit zur Last fällt, und ob der schädigende Erfolg damit im ursächlichen Zusammenhange steht, dagegen wird nicht vorausgesetzt, daß der eingetretene Schaden vorausgesehen werden konnte. Die Frage, ob den Beamten ein Verschulden treffe und Kl. dadurch zu Schaden gekommen sei, ist aber in dem B. U. nicht beantwortet. Dasselbe war daher Mangels genügender Begründung nach § 513 Ziffer 7 der C. P. O. aufzuheben. II. C. S. i. S. Baumsteiger c. Koch vom 19. Oktober 1888 Nr. 180/88 II.

33. Im Anschlusse an frühere Entscheidungen des R. G. (Entscheidungen Bd. I Nr. 157 S. 437 und Rheinisches Archiv 74 III. S. 21) ist mit dem O. L. G. davon auszugehen, daß für den Uebergang der abgetretenen Forderung Dritten, insbesondere auch dem cedirten Schuldner gegenüber das örtliche Recht am Wohnsitze des letzteren maßgebend sei. Nach dem hiernach anzuwendenden Art. 1690 des B. G. B. gelangte also der Kl. erst durch die an den Schuldner geschehene Zustellung in den Besitz der Forderung. Bis dahin, also bis zum 30. Dezember 1886, hat der Kl. die zwischen der Cedentin und dem Bekl. vorgenommenen Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen gegen sich gelten zu lassen, sofern nicht aus besonderen Gründen deren Rechtsunwirksamkeit sich ergiebt. Das B. G. erachtet nun aber die bereits am 30. August 1884 an den Verwalter des Konkurses des Bekl. geschehene Zustellung für entscheidend, weil jener der gesetzliche Vertreter des Gemeinschuldners (§ 50 der C. P. O.) und daher, da es sich um eine „zum Konkursvermögen" (soll wohl heißen „zu den Konkurspassiven") gehörende Forderung handle, allein zur Empfangnahme der Cessionszustellung befugt gewesen sei. Diese Auslegung verletzt aber den Art. 1690 des B. G. B., den § 5 der K. K. O. und den § 50 der C. P. O. Nach § 5 der K. K. O. verliert der Gemeinschuldner nur die Befugniß, sein zur Konkursmasse gehörendes Vermögen zu verwalten und darüber zu verfügen. Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über dieses Vermögen wird vom Konkursverwalter ausgeübt. Es bestehen nun zwar über die Frage, wen der Verwalter hierbei vertrete (ob den Gemeinschuldner, die Masse, die Gläubiger) verschiedene Meinungen, darüber aber herrscht kein Streit, daß der Gemeinschuldner weder rechts- noch handlungsunfähig werde, daß er vielmehr alle rechtlichen Verfügungen, welche die Konkursmasse nicht berühren, vorzunehmen berechtigt sei. Demnach hat der Bekl. durch die Konkurseröffnung die Befugniß nicht verloren, mit seiner Gläubigerin einen Nachlaßvertrag abzuschließen oder für die Zeit nach Beendigung des Konkursverfahrens wirksame Abkommen zu treffen. In Bezug auf solche Rechtshandlungen ist der Konkursverwalter nicht

Vertreter; dessen Befugnisse sind auf die Konkursmasse beschränkt. Deshalb wird zwar die Cession einer Forderung, deren Schuldner der Gemeinschuldner ist, dem Verwalter zuzustellen sein, wenn der Cessionar solche gegen die Masse anmelden will, diese Zustellung ist aber ohne rechtliche Bedeutung für die übrigen vom Konkurse unabhängigen Verhältnisse zwischen Gemeinschuldner und Gläubiger, über welche die Vertretungsbefugniß des Verwalters sich nicht erstreckt. Weil in allen diesen Beziehungen der Gemeinschuldner selbstständig verfügungsberechtigt ist, kann auch nur eine Zustellung an ihn dem Cessionar den Besitz der Forderung mit der Wirkung verschaffen, daß er von diesem Zeitpunkte keine Zahlungen oder Vereinbarungen mit dem Cedenten gegen sich gelten zu lassen braucht. II. C. S. i. S. Simon c. Regensburger vom 16. Oktober 1888, Nr. 169/88 II.

34. Nach Rheinisch-Französischem Rechte — Art. 2121, 2122 und 2135 des c. c. — steht den Minderjärigen zur Sicherung der ihnen aus der Verwaltung der Vormünder erwachsenden Ansprüche eine vom Tage der Uebernahme der Vormundschaft wirksame, generelle gesetzliche Hypothek zu, welche, der Inscription nicht unterworfen, namentlich auch die von den Vormündern später, selbst nach Beendigung ihrer Funktion, erworbenen Immobilien ergreift. (Vergl. Art. 2122 cit. „sur ceux, qui pourront lui appartenir dans la suite;" Aubry & Rau Bd. III p. 201 und Note 3; Pont hypoth. Bd. I Nr. 509). Im Gegensatze dazu bestimmt die am 1. Januar 1876 in Kraft getretene Preußische Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 in § 32 Abs. 6: „Ein Pfandrecht oder ein Titel zum Pfandrecht an dem Vermögen des Vormundes entsteht durch die Vormundschaft nicht" — und nach § 92 leg. cit. findet diese Bestlmmung auch auf die schwebenden Vormundschaften Anwendung. Aus der Verbindung beider Vorschriften ergiebt sich der Grundsatz des neuen Rechts, daß die Vormundschaftsordnung das Institut des Mündelpfandrechts nicht anerkennt, und auch bei den am 1. Januar 1876 bereits bestehenden Vormundschaften für Ansprüche, welche unter Herrschaft derselben den Minderjährigen erwachsen sind, dieses Sicherungsmittel nicht gewährt. Durch die Vormundschaftsordnung werden aber Rechtsverhältnisse, welche von der früheren Gesetzgebung beherrscht sind, nicht berührt, und es dürfen die bezüglichen Bestimmungen derselben, da es an jedem Ausdrucke eines auf deren Rückwirkung gerichteten gesetzgeberischen Willens fehlt, auch im Sinne einer solchen nicht interpretirt werden. Daß nun, was den vorliegenden Fall angeht, der fragliche Anspruch der minorennen X. aus der vormundschaftlichen Verwaltung ihrer Mutter resp. des zweiten Ehemannes derselben und Mitvormundes S. schon unter der Herrschaft des Rheinischen Vormundschaftsrechts entstanden ist, hat das O. L. G. an der Hand der bezüglichen Daten ohne Gesetzesverletzung festgestellt, und in der Beziehung ist auch im Allgemeinen ein Revisionsangriff nicht erhoben worden. Seitens des Bekl. wird nur gerügt, daß eine Verhaftung des Ehemannes S. vom O. L. G. zu Unrecht um deswillen angenommen worden, weil die Funktion desselben mit dem Inkrafttreten der Vormundschaftsordnung, welche eine solche Mitvormundschaft nicht kenne, erloschen sei. Dieser Angriff erscheine aber verfehlt. Zunächst bestimmt der § 93 leg. cit., daß die bisherigen Vormünder in ihrem Amte verbleiben, — und es ist kein ausreichender Grund ersichtlich, warum für den Mitvormund des Art. 396 des c. c. eine Ausnahme von dieser Regel gelten solle, — andererseits aber, wenn man auch von der entgegengesetzten Annahme ausgehen wollte, handelt es sich hier, wie das O. L. G. zutreffend erwägt, um einen vor dem Inkrafttreten der Vormundschaftsordnung entstandenen, durch ein etwaiges späteres Aufhören der Mitvormundschaft nicht berührten Anspruch. Weiter ist nun Seitens des Bekl. geltend gemacht, daß, da hier nun die Hypothek an einem erst unter Herrschaft der Preußischen Vormundschaftsordnung erworbenen Gute in Frage stehe, die angefochtene Entscheidung auf einer Verletzung der §§ 32 und 92 derselben beruhe. Auch diese Rüge kann nicht als begründet erachtet werden. Die gesetzliche Hypothek der minorennen X. ist mit dem Eintritte der Vormundschaft, an welche die bezogenen Bestimmungen des c. c. sie knüpfen, rechtlich entstanden. Derselben waren daher nach Obigem auch die von S. seit der Uebernahme seiner Funktion erworbenen Immobilien unterworfen, welche in dem Augenblicke, wo sie in dessen Eigenthum gelangten, von dem bestehenden Hypothekenrechte unmittelbar ergriffen wurden. Der Erwerb derselben stellt sich somit lediglich als die thatsächliche Voraussetzung dar, welche deren Unterwerfung unter die Hypothek vermittelt, bildet aber keineswegs das Moment, welches die Entstehung der letzteren — § 32 Abs. 6 der Vormundschaftsordnung — begründet. Von dieser Auffassung ausgehend, welche fol. 41 des B. U. einen nicht mißzuverstehenden Ausdruck gefunden hat, ist denn auch der Umstand, daß der Erwerb des hier fraglichen Gutes erst nach dem Inkrafttreten der Vormundschaftsordnung erfolgte, vom O. L. G. mit Recht für einflußlos erachtet worden. Wenn demgegenüber nun Seitens des Bekl. noch hervorgehoben wird, daß bezüglich der fraglichen Hypothek vor jenem Erwerbe nur von einer juristisch nicht in Betracht kommenden Exspektanz die Rede sein könne, so erscheint das verfehlt, da nach dem Ausgesüheten es sich nicht um eine bloße Exspektanz, sondern um ein bereits bestehendes, wenn auch bedingtes Recht der Minorennen handelt. Die Wirksamkeit dieses Rechtes aber auf Grund der §§ 32 und 92 der Vormundschaftsordnung verneinen, heißt diesen Bestimmungen eine vom Gesetzgeber nicht gewollte und mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht im Einklange stehende Rückwirkung beilegen. Vergleiche grundsätzlich übereinstimmend die Kommentatoren der Vormundschaftsordnung: Dernburg 3. Auflage p. 45 N. 2; Hesse 2. Auflage p. 99; Maaßen 2. Auflage p. 49 Note 13 und 14; Wachler 2. Auflage zu § 32 Note 17; Anton p. 99 und 183; A. M. Dernburg 2. Auflage p. 273/74. Vergleiche für das französische Recht: Aubry & Rau Bd. 1 p. 74 und Note 55. II. C. S. i. S. Kruntstein c. Troisdorf vom 5. Oktober 1888, Nr. 159/88 II.

35. Das O. L. G. stützt seine Entscheidung darauf, daß wenn auch die in dem vollstreckbaren Zahlungsbefehle vom 16. März 1881 ausgesprochene Verurtheilung der Minorennen H. als Solidarschuldner nach der richtigen Auffassung des § 50 der Vormnndschaftsordnung diese ihrer gesetzlichen Benefiziarerbenqualität nicht habe verlustig machen können und deshalb die Vorschrift des Art. 2146 Abs. 2 des c. c. an sich unbedenklich auf die in Gemäßheit jenes Zahlungsbefehles gegen

dieselben bewirkte Hypothekarinscription anzuwenden gewesen, doch der Kl. nicht berechtigt erscheine, die Unwirksamkeit dieser Inscription geltend zu machen. Der gegen die letztere Annahme gerichtete Angriff kann nicht als begründet erachtet werden. Der Art. 2146 Abs. 2 cit. bestimmt, daß Inscriptionen, welche auf Grundstücke eines Benefiziarnachlasses genommen werden, den Gläubigern desselben gegenüber — entre les créanciers — unwirksam sind. Der Grund dieser Bestimmung ist, die Gleichheit unter den Gläubigern aufrecht zu erhalten, und zu verhindern, daß diese durch Hypothekareintragungen einzelner zum Nachtheil der übrigen beeinträchtigt werde. Wortlaut und Grund des Gesetzes führen daher zu der Annahme, daß letzteres nur das Verhältniß unter den Nachlaßgläubigern berührt, und von dem dritten Erwerber von Grundstücken, die aus einem solchen Nachlaß herrühren, nicht angerufen werden kann. Darüber besteht denn auch, wie schon das O. L. G. hervorgehoben hat, in der Französischen Rechtslehre und Judikatur Uebereinstimmung. Vergl. die Citate des B. U. und Massé & Vergé Bd. V pag. 197 not. 12 und Sirey table. gen. 1791—1850 „inscription Nr. 33“. Wenn nun demgegenüber, gestützt auf die vereinzelte Entscheidung im Rheinischen Archiv Bd. 68 pag. 213, der Versuch gemacht wird, eine andere Auffassung der in Frage stehenden Vorschrift zu begründen mit der Motivirung, daß letztere im Einklange mit der Bestimmung des ersten Absatzes des Art. 2146 cit. auszulegen sei, diese aber die Hypothekareintragungen, welche auf Grundstücke einer Fallitmasse bewirkt worden, für radikal nichtig erkläre, so ist dabei übersehen, daß die Vorschrift des Abs. 1 cit., welche die Unwirksamkeit der zuletzt genannten Inscriptionen ausspricht — ne produisent aucun effet — auf dem gleichen Grunde, als die Bestimmung des Abs. 1 beruht, und daher in gleichem Sinne mit dieser, wie auch in der Jurisprudenz anerkannt, nur von dem Verhältnisse unter den Gläubigern zu verstehen ist. Vergl. Zachariae-Dreyer Bd. II pag. 182 und not. 10; Pont, hypoth. Bd. II Nr. 905 seq. Aubry & Rau Bd. III pag. 361/62. In dem § 446 des das frühere Recht in dieser Materie modifizirenden Preußischen Gesetzes vom 9. Mai 1859 ist denn auch nur von einer Unwirksamkeit resp. Nichtigkeitserklärung — „der Gläubigerschaft gegenüber“ — die Rede. II. C. S. i. S. Stellberg c. Müller vom 12. Oktober 1888, Nr. 170/88. M.

Für die Redaktion verantw.: S. Haenle. Verlag: W. Moeser Hofbuchhandlung. Druck: W. Moeser Hofbuchdruckerei in Berlin.

№ 50 und 51. Berlin, 17. November. 1888.

Juristische Wochenschrift.

Herausgegeben von

S. Haenle, Justizrath, Rechtsanwalt in Ansbach.
und
M. Kempner, Rechtsanwalt beim Landgericht I. in Berlin.

Organ des deutschen Anwalt-Vereins.

Preis für den Jahrgang 20 Mark. — Inserate die Zeile 40 Pfg. — Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt.

Inhalt.

Aufsätze für die Juristische Wochenschrift, welche acht Spalten überschreiten, können nur ausnahmsweise angenommen werden. Aufsätze, welche sich auf Angelegenheiten des Anwaltstandes und die Reichsjustizgesetze beziehen, erhalten den Vorzug. Die Redaktion.

Vereinsnachrichten.

Der Neudruck des ersten Bandes der Entscheidungen des Ehrengerichtshofs ist bewirkt. Derselbe wird den Herren Vereinsmitgliedern, welche bestellt haben, in etwa acht Tagen zugesandt werden.

Leipzig, 15. November 1888.

Mecke, Schriftführer.

Ein Reich, ein Recht, ein Richter,

also lautete der geistliche Weihespruch bei der Grundsteinlegung zu dem Reichsgerichtsgebäude in Leipzig am 31. Oktober 1888.

Die Kaiserliche Grundsteinlegungsurkunde vom 27. Oktober 1888 erklärt:

„Die Bemühungen der Deutschen Fürsten und freien Städte sind seit Herstellung des Reichs unausgesetzt darauf gerichtet gewesen, die Rechtsgesetzgebung und Rechtspflege in einer dem Staats- und Volkswohl entsprechenden Weise zu gestalten und dem langjährigen Verlangen des Deutschen Volks nach Einheitlichkeit des Rechts Befriedigung zu gewähren.

Die Schaffung gemeinsamen Rechts geht ihrer Vollendung mit dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch entgegen, dessen Zustandekommen wir in nächster Zukunft erwarten."

Der erste Vizepräsident des Reichstags Dr. Buhl richtete unter Ueberreichung des silbernen Hammers an Seine Majestät den Kaiser die Worte:

> „Das Reichsgericht wird zu allen Zeiten das bestehende Recht unparteiisch handhaben und durch seine Entscheidungen auch die Einheit des Bürgerlichen Rechts vorbereiten, auf welche die Nation seit Jahrhunderten vergeblich hofft, welche aber nach der soeben vernommenen Kundgebung Ew. Majestät nunmehr in einer kurzen Spanne Zeit gesichert ist. Dann erst wird dieser Gerichtshof in seiner vollen Zuständigkeit Hüter und Wächter der Einheit der Rechtsprechung im ganzen Reiche sein, dann erst werden die Deutschen sich fühlen als Glieder einer einzigen großen Rechtsgemeinschaft." —

Diese feierlichen Kundgebungen befinden sich im vollsten Einklang mit den Wünschen des Deutschen Volkes. Wir zweifeln nicht, daß die ausgesprochenen Erwartungen in naher Zeit erfüllt werden. Zwar hat sich ein Sturm erhoben, der der glücklichen Vollendung des Werkes schwere Hemmnisse zu bereiten scheint. Allein die gute Sache wird siegen.

Nach langer mühsamer Arbeit ist der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs zu Stande gekommen. Derselbe trifft eine friedliche Zeit. Die verbündeten Regierungen sind zweifelsohne einig, ihn dem Deutschen Volke anzubieten, und sie entsprechen damit dem wiederholt erklärten Verlangen des Reichstags. Niemals sind die äußeren Umstände der Erreichung des Zieles so günstig gewesen. Mit Sicherheit darf behauptet werden, daß wenn wir jetzt nicht den Bau unter Dach bringen, derselbe niemals vollendet wird. Nur die absolute Unbrauchbarkeit des Entwurfs würde seine Weglegung rechtfertigen. Freilich wird diese absolute Unbrauchbarkeit von Vertretern der Rechtsgelehrsamkeit behauptet. Dem Einen gefällt die Sprache nicht, dem Anderen ist er nicht genug volksthümlich und nicht genug germanisch, der Dritte rechtfertigt die Ablehnung aus volkswirthschaftlichen Gründen. Die D e u t s c h e n v o n e h e m a l s s c h e i n e n w i e d e r e r s t a n d e n z u s e i n. Wer seine Rechtsauffassung nicht anerkannt finden kann, will es lieber bei dem Bestehenden belassen. Das ist entschieden zu mißbilligen. Alle die Gründe, welche der Zulassung des Entwurfes entgegengestellt werden, treffen in weit höherem Maße die zur Zeit bestehende Gesetzgebung der Einzelstaaten.

Anlangend die Sprache, so machen nur das vielgeschmähte Preußische Landrecht und das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch eine rühmliche Ausnahme. Das Gemeine Recht und das Französische Recht gestatten keinen Vergleich, weil das eine auf

lateinischen Gesetzesstellen beruht, das andere in französischer Sprache geschrieben ist.

Das Verlangen der Volksthümlichkeit muß ein frommer Wunsch bleiben. Auch unsere bestehenden Gesetze sind nicht volksthümlich in dem Sinne, daß sie jeder versteht und sie überall der Volksanschauung entsprechen. Unsere verwickelten Rechts- und Verkehrsverhältnisse schließen die Volksthümlichkeit unbedingt aus. Das ist bedauerlich, aber wir müssen uns zufrieden geben, wenn das Volk die Hauptgrundsätze in Handel und Wandel, auf dem Gebiete des Sachen-, Familien- und Erbrechtes zu erkennen in der Lage ist. Der Entwurf bietet diese Möglichkeit. Wird er Gesetz, so bringt die Uebung weitere wirksame Hülfe. Wir sind durchaus der Ansicht, daß das Gesetz nicht nur den Worten sondern auch seinem Wesen nach deutsch sei. Wir wollen aber auch zulassen, was *deutsch geworden* ist und wollen nicht ausgraben, was deutsch war und in die heutigen Verhältnisse nicht paßt. Die sogenannten germanistischen Gegner vergessen über der liebgewonnenen Vergangenheit die Gegenwart.

Gewiß berechtigt ist das Verlangen, daß das Gesetzbuch gesunden volkswirthschaftlichen Grundsätzen entspreche. Darüber aber, was gesunde Volkswirthschaft sei, gehen die Meinungen weit auseinander. Wir sind der Ansicht, daß der Entwurf einen billigen Ausgleich getroffen hat. Indessen auch hier fragen wir: ist es jetzt besser in Deutschland, als wenn der Entwurf Gesetz würde. Die Einheit des Rechtes ist schon an sich ein so großer wirthschaftlicher Vorzug, daß man darüber vermeintliche Opfer in der einen oder anderen Beziehung wohl verschmerzen kann.

Die grundsätzliche Gegnerschaft stützt sich ganz wesentlich auf *Schulmeinungen*, denen andere mit gleicher Berechtigung gegenübergestellt werden könnten. Leider können wir nicht die Probe machen. Wir sind überzeugt, daß ein Entwurf hergestellt im Sinne der Gegner gleich schwere Anfechtungen von Seiten anderer ebenso vollwerthiger Gegner erfahren würde.

Was jetzt nur gethan werden soll, aber auch gethan werden muß, ist durch sachgemäße bestimmte wesentlich aus der Erfahrung geschöpfte Besserungsvorschläge die zweite Lesung des Entwurfs vorzubereiten. Das versuchen wir mit unseren Gutachten aus dem Anwaltstande. Auch bei uns fließt die Quelle der Kritik reichlich. Wir wollen aber nicht trotzig bei Seite treten, weil uns der eine oder andere Abschnitt oder auch das Ganze nicht gefällt. Wir preisen keineswegs, wie es in einer Kritik der Beurtheiler des Entwurfs heißt*) denselben unbedingt, wir erblicken aber in seiner *Annahme als Gesetz eine Erlösung von einem gemeinschädlichen und nur durch die Macht der Gewohnheit erträglich gewordenen Zustande, der durch geradezu widersinnige Bestimmungen der Prozeßordnung über revisible und nicht revisible Rechtsnormen ganz erheblich verschlimmert worden ist.* Daß wir den Entwurf willkommen heißen, geschieht *nicht*, weil nur „die Genugthuung über die Vereinfachung unserer verantwortlichen Thätigkeit das Auge trübt", sondern weil unsere praktische Wirksamkeit uns die Verwunderung und Beschwerden der Rechtsuchenden über die Zerrissenheit des Rechtes täglich zu Gehör bringt. Wir sind schwere Lasten zu tragen geübt, fühlen uns aber frei von Schulmeinungen und wissen, daß alle menschliche Arbeit Stückwerk ist. Gewohnt in jeder Sache das für und wider zu erwägen, mit *gutem Anstand* zu sagen und zu hören, verwerfen wir die absolute Verneinung, wollen vielmehr nach unseren Kräften Bausteine herbeitragen zur Vollendung des großen Werkes, über welches die Vertretung des deutschen Volkes die Entscheidung fällen soll und muß.

Mecke.

*) Vergl. Ring im Archiv für Bürgerliches Recht Band I. Heft I. S. 192.

Vom Reichsgericht.*)

Wir berichten über die in der Zeit vom 1. bis 10. November 1888 ausgefertigten Erkenntnisse.

I. Die Reichsjustizgesetze.

Zur Civilprozeßordnung.

1. Das B. G. ist der Ansicht, die Vorschrift des § 94 C. P. O., nach welcher die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt unzulässig ist, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel *eingelegt* wird, sei nicht in dem Sinne zu verstehen, welchen die C. P. O. *regelmäßig*, z. B. in den §§ 164, 477, 479 und 515, mit der „Einlegung" eines Rechtsmittels verbindet, daß nämlich die Einlegung gleichbedeutend mit der Zustellung eines Schriftsatzes ist, in welchem erklärt wird, daß gegen ein bestimmtes Urtheil ein Rechtsmittel eingelegt werde. Da in diesem Schriftsatze nur die allgemeine Erklärung, daß das Urtheil angefochten werden solle, enthalten zu sein *brauche* und im Uebrigen nur die *in der mündlichen Verhandlung* gestellten Anträge von *entscheidender* Bedeutung seien, so könne vielmehr dem § 94 C. P. O. nur der Sinn beigelegt werden, daß die Anfechtung der Entscheidung über die Kosten nur insofern zulässig sein solle, als die *Verfolgung* des Rechtsmittels *in der Hauptsache* dem Oberrichter Veranlassung giebt, auch die Richtigkeit der Entscheidung über den Kostenpunkt zu prüfen. Hiernach sei auf Grund des dargelegten Sachverhalts die Berufung des Bekl. unzulässig und könne daran durch den Inhalt der *Einlegungsschrift* Nichts geändert werden. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Sie enthält vielmehr eine Verletzung des § 94 C. P. O. sowie des den §§ 4, 230, 235, 479, 480, 508 und 515 C. P. O. zum Grunde legenden Prinzips. In dieser Beziehung kann hier zunächst auf die Ausführung des auch jetzt erkennenden I. C. S. des R. G. in Bd. 20 S. 408 ff. der Entscheidungen des R. G. verwiesen werden, welche einen Fall betrifft, in dem in der Zwischenzeit zwischen der Einlegung der Berufung seitens des mit der Klage auf sofortige Aufhebung eines zwischen den Parteien bestehenden Vertragsverhältnisses in I. J. abgewiesenen Kl. und dem zur mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz anberaumten Termine die kontraktliche Dauer des Vertragsverhältnisses abgelaufen war und der Kl. unter Angabe dieses Umstandes seinen ursprünglich angekündigten Berufungsantrag, unter Abänderung des ersten Urtheils nach dem Klageantrage zu erkennen und dem Bekl. die Kosten beider Instanzen aufzuerlegen, nunmehr dahin modifizirt hatte, das erstinstanzliche Urtheil dahin abzuändern, daß a) der Klag-

*) Nachdruck ohne Angabe der Quelle verboten.

anspruch für erledigt erklärt und b) die Kosten beider Instanzen dem Bekl. auferlegt werden. Selbstverständlich ist der gegenwärtig zu entscheidende umgekehrte Fall, in welchem der Bekl. gegen ein ihn in der Hauptsache verurtheilendes und ihm die Kosten auferlegendes Erkenntniß Berufung eingelegt hat und dann vor dem für die Verhandlung über die Berufung anberaumten Termine sein Interesse an der Hauptsache weggefallen ist, nach ganz denselben Grundsätzen zu beurtheilen. Demgemäß ist, da nach §§ 479 und 515 C. P. O. die Einlegung der Berufung bezw. Revision durch Zustellung eines Schriftsatzes erfolgt, für die Zulässigkeit der Rechtsmittel der Zeitpunkt dieser Zustellung nicht nur in Bezug auf die Wahrung der Nothfrist, sondern auch in Bezug auf die sonstigen Voraussetzungen, insbesondere die Beschaffenheit und den Werth des Beschwerdegegenstandes, maßgebend und die Vorschrift des § 94 daher nur dann anwendbar, wenn in jenem kritischen Zeitpunkte das Rechtsmittel als Angriff gegen eine Entscheidung in der Hauptsache rechtswirksam nicht eingelegt ist oder nicht eingelegt werden konnte oder wenn nachträglich auf dasselbe als Rechtsmittel gegen die Entscheidung in der Hauptsache verzichtet ist. Keine dieser Voraussetzungen liegt hier aber vor. Vielmehr ist in der Berufungsschrift der Wille des Bekl., das ganze Urtheil anzugreifen, klar zum Ausdruck gebracht und auch der demnächst modifizirte Berufungsantrag des Bekl., unter Abänderung des ersten Urtheils die Hauptsache durch die inzwischen erfolgte erzwungene Zahlung für erledigt zu erklären u. s. w., hat in Verbindung mit dem Hinweise auf den Anlaß der Zahlung und auf den inzwischen erfolgten Ablauf der vom Bekl. geltend gemachten Befristung den klaren Sinn, daß es nicht bei der erstinstanzlichen Entscheidung, nach welcher der Bekl. sich im Unrechte befinde, verbleiben, sondern der beklagtische Antrag, die Klage als verfrüht abzuweisen, für berechtigt erklärt und in Konsequenz dieser, die Sachfälligkeit der Kl. aussprechenden Entscheidung, der Kl. die Kostenlast auferlegt werden solle, während nur mit Rücksicht auf die inzwischen veränderte Sachlage eine weitere Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr erforderlich sei. Zur Annahme eines Verzichtes des Bekl. auf das eingelegte Rechtsmittel, soweit dasselbe die Hauptsache betrifft, fehlt hiernach jede Grundlage (vergl. auch Entscheidungen des R. G. in Civilsachen, Bd. 16 S. 323 ff. und Bd. 16 S. 424 ff.). Nur in Betreff der vom Bekl. für die Zeit vor dem Eintritte des von ihm behaupteten Fälligkeitstermines der Klagforderung mitbezahlten Zinsen könnte hiervon die Rede sein, da der Bekl., wenn er sich im Rechte befindet, dieselben hätte zurückfordern können. Dieser Verzicht in Betreff eines bloßen Nebenpunktes erscheint aber als unerheblich. Daß für die Beurtheilung der Zulässigkeit der Rechtsmittel der Zeitpunkt der Einlegung derselben ganz allgemein maßgebend sei, ist überdies auch sonst schon mehrfach und insbesondere auch mit Rücksicht auf den § 94 C. P. O. vom R. G. ausgesprochen. Vergl. Entscheidungen in Civilsachen, Bd. 5 S. 387, Bd. 15 S. 405 ff. und Bd. 18 S. 418 ff. Zur Widerlegung der Ansicht des B. G. genügt es im Uebrigen auf die eingehenden Ausführungen des V. C. S. des R. G. in der zuletzt angeführten Entscheidung Bezug zu nehmen, welcher lediglich beizutreten ist. Insbesondere ist dort auch bereits richtig erwähnt, daß in einem Falle der vorliegenden Art die nach den Motiven dem § 94 C. P. O. zum Grunde liegende Ratio legis nicht zutrifft. I. C. S. i. S. Schlüter c. Baroper Steinkohlenbergwerke vom 20. Oktober 1888, Nr. 213/88 I.

2. Der Kl. hat gegen die erstinstanzliche Entscheidung Berufung eingelegt, der Bekl. sich derselben angeschlossen. Dem Gesuch des Kl., ihm auch für die Berufungsinstanz das Armenrecht zu gewähren, wie solches in I. J. geschehen ist, hat das Gericht nur insoweit entsprochen, als der Kl. als Anschlußbekl. in Betracht kommt. Eine solche nur theilweise Bewilligung des Armenrechts würde aber nicht bloß zu praktischen Unzuträglichkeiten führen können, sondern sie steht auch im vorliegenden Falle im Widerspruch mit dem Grunde und der Bedeutung des § 110 Abs. 2 der C. P. O. In der höheren Instanz soll, wenn das Rechtsmittel von dem Gegner der in der Vorinstanz zum Armenrecht verstatteten Partei eingelegt ist, dieser gleiche Bewilligung zu Theil werden, ohne Prüfung ob deren Rechtsverfolgung oder Vertheidigung muthwillig oder aussichtslos erscheint. Es ist hier nicht bloß der Vertheidigung des in höherer Instanz Bekl. gedacht, sondern auch der Rechtsverfolgung, die von ihm ausgeht. Zur letzteren gehört auch der Anschluß an das Rechtsmittel des Gegners. Unter gleichem Gesichtspunkt steht aber der vorliegende Fall. Hier hat zwar der in I. J. zum Armenrecht verstattete Kl. zunächst die Berufung eingelegt, aber mit dem Anschluß des Bekl. an dieselbe ist der Kl. zugleich der Angegriffene und erlangt dadurch für die ganze Instanz und das ganze Verfahren in derselben den Anspruch auf Bewilligung des Armenrechts. Namentlich mit Rücksicht auf die Vorschrift des Abs. 2 § 483 a. a. O. kann der vom Vorderrichter gemachte Unterschied, wonach es auf den Zufall der zeitlichen Priorität der Einlegung des Rechtsmittels ankommen würde, nicht für zutreffend erachtet werden. V. C. S. i. S. Ernst c. Mühlenkamp vom 3. November 1888, B. Nr. 115/88 V.

3. Eine Trennung der Verhandlungen (oder Prozesse) im Sinne des § 136 C. P. O. hat der I. R. nicht vorgenommen. Vielmehr ist bis zum Endurtheil über Forderungen und Gegenforderungen in diesem Prozesse verhandelt und erst in den Gründen des Endurtheils ist die Zurückweisung des Kompensationseinwandes und die Verweisung der Gegenforderungen zum besonderen Verfahren ausgesprochen. Offenbar ist dieser Entscheidungsgrund keine prozessuale Anordnung im Sinne des § 136 C. P. O., von welcher nur im Laufe des Verfahrens der betreffenden Instanz die Rede sein kann. Nun kann zwar noch eine Trennung der Verhandlungen durch Urtheil in dem Falle erfolgen, wenn nur die Verhandlung über die Forderung zur Endentscheidung reif ist (§ 274 C. P. O.). Es lassen aber die Gründe des ersten Urtheils keinen Zweifel darüber, daß der I. R. nicht ein eigentliches Theilurtheil über die Klageforderungen hat abgeben und sich die besondere Entscheidung über die Gegenforderungen in diesem Prozesse hat vorbehalten, sondern daß er, unter Hinausweisung der vermeintlich illiquiden Gegenforderungen aus diesem Prozesse, den ganzen vorliegenden Rechtsstreit durch das gefällte Urtheil hat erledigen wollen (vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 16 S. 372 flg.). Gegen eine derartige materielle Entscheidung, mag man dieselbe nach den Vorschriften der Deutschen C. P. O für statthaft erachten oder

nicht, stand aber den dadurch beschwerten Bekl. zweifellos die Berufung zu, welche sich gegen die, in Höhe der Gegenforderungen ihrer Meinung nach zu Unrecht erfolgte, Zusprechung der Klageforderung richtete, und der B. R. ist hierdurch in die Lage gekommen, auch über den, schon in I. J. erhobenen Kompensationseinwand von Neuem und selbstständig zu befinden (§ 487 C. P. O.). Es ist nicht erfindlich, weshalb bezüglich dieses Theils der materiellen, in der Urtheilsformel zum Ausdruck gelangten Entscheidung die Berufung ausgeschlossen oder gar der B. R. an die Auffassung des I. R. über die Zulässigkeit der Einrede gebunden sein sollte. IV. C. S. i. S. Fischer c. Fischer vom 22. Oktober 1888, Nr. 169/88 IV.

4. Der § 230 C. P. O. erklärt in seinem Abs. 2 nur die Bezeichnung der Parteien für obligatorisch. Auch die Spezialvorschriften über den Urkunden- und Wechselprozeß (§ 555 und 556) führen nicht zu der Folgerung, daß in diesem Prozesse der gesetzliche Vertreter einer klagenden nicht prozeßfähigen Partei in der Klage benannt und urkundlich nachgewiesen werden müßte. Es handelt sich hierbei nämlich lediglich um die Prozeßlegitimation des Vertreters der Partei, nicht um zur Begründung des Anspruchs erforderliche Thatsachen. Vergl. Wilmowski und Levy zu § 555 Note 5. Allerdings bestehen neben der Vorschrift des § 230 die Bestimmungen der §§ 121^1 und 284^1, welche auch die Angabe der gesetzlichen Vertreter im Prozesse verlangen; diesen Bestimmungen ist aber im Verhältniß zu der Vorschrift des § 230 nur die Bedeutung beizumessen, daß, falls der gesetzliche Vertreter in der Klage nicht benannt ist, der Richter auf die Benennung desselben hinwirken und zu diesem Zwecke nöthigenfalls von dem ihm zustehenden Fragerechte (§ 130) Gebrauch machen soll. II. C. S. i. S. Seligmann c. Pöß und Gen. vom 23. Oktober 1888, Nr. 183/88 II.

5. Außer Streit ist, daß, als die erste Eintragung (des Arrestes im Grundbuch) am 12. September 1884 geschah, der Arrestbefehl noch nicht zugestellt war, dessen Zustellung vielmehr erst am 18. desselben Monats erfolgt ist. Nach § 808 der C. P. O. finden auf die Vollziehung des Arrestes die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung entsprechende Anwendung. Wie das R. G. in konstanter Rechtsprechung annimmt, greift demgemäß bei Arresten auch die Vorschrift des § 671 der C. P. O. Platz, wonach die Zwangsvollstreckung nur beginnen darf, wenn der Beschluß, beziehungsweise das Urtheil, wodurch der Arrest angeordnet ist, dem Arrestschuldner bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird. Diese Zustellung ist, wie in den Urtheilen des R. G. vom 4. März 1882 und 16. März 1883 (Entscheidungen in Civilsachen Bd. 6 S. 338 und Bd. 8 S. 429) näher dargelegt ist, dergestalt wesentlich, daß die Vollzugshandlung bei Unterlassung derselben die gewollten Rechtswirkungen nicht zu erzeugen vermag. Nicht unbestritten ist dagegen, ob dieser Mangel durch eine nachträgliche Zustellung des Arrestbefehls geheilt werden kann? Die Frage ist bejaht in dem Urtheile des V. C. S. des R. G. vom 17. November 1883, V. 233/83 (mitgetheilt in Gruchot's Beiträgen Bd. 28 S. 845), doch ist dabei die Entscheidung für den Fall offen gelassen, daß Rechte Dritter konkurriren sollten. Verneint ist sie in den Urtheilen des I. C. S. vom 5. Juli 1884 (I. 190/84) und 23. Mai 1885 (I. 94/85), sowie vom V. C. S. in den Urtheilen vom 8./22. April 1885 (V. 47. 85) und 18. April 1888 (Entscheidungen in Civilsachen Bd. 20 S. 433). Alle diese Entscheidungen betrafen jedoch Fälle, in denen Rechte Dritter in Betracht kommen, und treten darum mit jenem vorhererwähnten Urtheil nicht direkt in Widerspruch. Bei nochmaliger Prüfung der Frage konnte jedoch die in dem Urtheil vom 17. November 1883 enthaltene Ansicht nicht aufrecht erhalten werden. Es ist mit den erwähnten Entscheidungen des R. G. davon auszugehen, daß die Vorschrift des § 671 der C. P. O. nicht als eine bloß das Verhalten des Vollstreckungsbeamten regelnde Instruktion, sondern als ein absolutes Verbotsgesetz aufzufassen ist. Bildet aber die Zustellung des Arrestbefehls eine wesentliche Voraussetzung für die Vornahme der Vollstreckungshandlung, so begründet ihre Abwesenheit Nichtigkeit der Letzteren. Der Vollziehung eines Arrestbefehls durch Eintragung einer Vormerkung kann daher keine Rechtswirkung beigelegt werden, wenn die Eintragung, ohne daß eine Zustellung des Arrestbeschlusses erfolgt ist, bewirkt worden. Das Gesetz vom 30. April 1886 (R. G. Bl. S. 130) bleibt hier außer Betracht, da das vorliegende Rechtsverhältniß nach dem älteren Recht zu beurtheilen ist. — Die Nichtigkeit der Eintragung hat aber zur Folge, daß sie rechtlich als nicht bestehend angesehen wird. Eine Heilung der Nichtigkeit tritt nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht schon dadurch ein, daß der Nichtigkeitsgrund später fortfällt. Hieraus folgt, daß eine nachträgliche Zustellung an den Schuldner die Mängel der ohne eine solche geschehene Eintragung nicht zu heben vermag. Die Vollstreckungshandlung bleibt nichtig, und können Zweckmäßigkeitsrücksichten hieran nichts ändern. Mag auch mit der nachträglichen Zustellung die Pfändung zulässig geworden sein; so bedarf es doch immer einer Erneuerung des Vollstreckungsaktes, um die vom Gläubiger beabsichtigten Rechtswirkungen zu erzeugen. Für den vorliegenden Fall ergiebt sich hieraus, daß die Eintragung vom 12. September 1884 trotz der Zustellung vom 18. desselben Monats nichtig blieb, und der Kl. nur durch eine erneute Eintragung ein Pfandrecht an dem Grundstück erlangen konnte. Damit zerfällt die Anschlußrevision des Kl. V. C. S. i. S. Pilß c. Maas vom 10. Oktober 1888, Nr. 66/88 V.

6. Wie bereits vom R. G. wiederholt entschieden ist, kann der Einwand, daß die Handlung, zu deren Vornahme der Bekl. verurtheilt worden, von ihm bereits vor dem Antrage des Kl. auf Vollstreckung des Urtheils in Gemäßheit des § 773 C. P. O. vorgenommen sei, nicht im Wege des Beschluß- und Beschwerdeverfahrens, sondern nur mittelst Klage geltend gemacht werden (vergl. Beschluß des I. C. S. vom 2. Juli 1887, juristische Wochenschrift 1887 S. 353, Beschluß des V. C. S. in Sachen G. (Kl.) wider R. (Bekl.), Beschwerde-Reg. V. 70/88). In Uebereinstimmung mit diesen Entscheidungen ist davon auszugehen, daß die Verpflichtung zur Vornahme der Handlung durch das vollstreckbare Urtheil, durch welches sie ausgesprochen wird, begründet wird, daß dieses Urtheil die alleinige Voraussetzung der Zwangsvollstreckung bildet, und daß das Vollstreckungsgericht bei der Vollstreckung eines auf eine Handlung gerichteten Urtheils nicht zu untersuchen hat, ob die Handlung nicht etwa schon geleistet sei. Behauptet der Schuldner, nachdem ihm der Antrag des Kl. mitgetheilt worden, er habe die Handlung bereits vorgenommen, so verhindert er dadurch nicht den Beginn der Zwangsvollstreckung in Gemäßheit § 773 C. P. O., sondern er kann dieses nur dadurch erreichen, daß er auf dem in § 686

vorgezeichneten Wege durch Erhebung einer Klage die Einstellung der Zwangsvollstreckung erwirkt. Denn es handelt sich um eine Einwendung, welche den durch das Urtheil festgestellten Anspruch selbst betrifft, und die Vorschrift des § 686 ist auf alle Arten der Zwangsvollstreckung anwendbar. III. C. S. i. S. Wehsack c. Wehsack vom 30. Oktober 1888, B. Nr. 101/88. III.

7. Die C. P. O. bestimmt im § 809 Abs. 2: Die Vollziehung eines Arrestes ist unstatthaft, wenn seit dem Tage, an welchem der Befehl verkündet oder der Partei, auf deren Gesuch derselbe erging, zugestellt ist, zwei Wochen verstrichen sind. Das Gesetz setzt hierbei voraus, daß der Richter seiner Pflicht aus § 294 Abs. 3 a. a. O., wonach nicht verkündete Beschlüsse des Gerichts den Parteien von Amtswegen zuzustellen sind, nachgekommen sein wird. Im vorliegenden Fall hat nun der Arrestrichter diese Vorschrift außer Acht gelassen und erst später (am 20. April 1885) auf Betreiben des Arrestklägers, nachdem schon am 18. September 1884 der Arrestbefehl den Arrestbeklagten auf Veranlassung des Ersteren zugestellt war, durch Zustellung des Arrestbefehls an den Arrestkläger das Versäumte nachgeholt. Der B. R. ist der Ansicht, daß durch diese Zustellung den Erfordernissen des Gesetzes genügt sei, und die 14 tägige Frist zur Vollziehung des Arrestbefehls erst von derselben an beginne. Dieser Ausführung kann nicht beigetreten werden. Die Fristbestimmung des § 809 Abs. 2 verfolgt den Zweck, eine Vollziehung unter möglicher Weise ganz veränderten Umständen zu verhindern. Darum ist die Frist so kurz bemessen und jeder späteren Vollstreckung rechtliche Wirksamkeit versagt. Diese Absicht des Gesetzgebers würde vereitelt werden, wenn es dem Arrestkläger freistände, die Vollstreckung, nachdem er nicht durch förmliche Zustellung, sondern durch einfache Ausreichung abseiten des Gerichtsschreibers in den Besitz des Arrestbefehls gekommen und er denselben seinem Schuldner sogar hat zustellen lassen, auf beliebige Zeit dadurch hinauszuschieben, daß er die förmliche Zustellung des Befehls an sich selber beliebig spät oder überhaupt nicht beantragt. Einer solchen Verschleppung gegenüber wäre der Schuldner machtlos; denn wie in dem Urtheil des R. G. vom 8. März 1884 (Entscheidungen in Civilsachen Bd. 11 S. 402) dargelegt ist, steht dem Schuldner nicht zu, die Zustellung des Befehls an den Arrestkläger zu betreiben und damit den Beginn der Frist in Lauf zu setzen. Gerade im Interesse und zum Schutze des Schuldners aber ist die Frist gesetzt. Die vom Gesetz beabsichtigte Wohlthat würde sich in ihr Gegentheil verkehren, wenn der Gläubiger ein Versehen des Arrestrichters vorliegender Art dahin für sich ausbeuten dürfte, daß die Dauer des Schwebezustandes allein von seinem Belieben abhängig wäre. Aus alle dem ergiebt sich, daß das Gesetz den Gläubiger in keinem Falle die Vollziehung des Arrestes unbeschränkt gestattet hat, und daß der Beginn der Frist, wenn die im § 294 der C. Pr. O. vorgesehene Zustellung oder die Verkündung des Beschlusses unterblieben ist, niemals auf einen Zeitpunkt gelegt werden kann, der der Zustellung des Arrestbefehls an den Schuldner nachfolgt. Und hat der Arrestkläger, welcher auf formlose Weise in den Besitz des Arrestbefehls gelangt ist, denselben ohne den Mangel zu rügen, dem Arrestbeklagten zustellen lassen, oder gar den Gerichtsschreiber mit dieser Zustellung von vornherein beauftragt, so kann man sein Verhalten, da ihn die einfache Ausreichung des Arrestbefehls an ihn zu wirksamerer Vollziehung desselben gegen den Schuldner berechtigt (Entscheidungen des R. G. Bd. 11 S. 402), nicht anders auffassen, als daß er auf die Zustellung des Arrestbefehls an seine Person überhaupt Verzicht leisten und zum Mindesten den Zeitpunkt für den Fristbeginn gegen sich gelten lassen will, an welchem auf sein Betreiben die Urkunde dem Gegner zugestellt ist. Für die Annahme dieses Zeitpunktes spricht auch außerdem die Vorschrift des § 198 Abs. 2 der C. P. O., wonach der Lauf der gesetzlichen oder richterlichen Frist, deren Beginn von einer Zustellung abhängig ist, mit dieser auch gegen diejenige Partei beginnt, welche die Zustellung hat bewirken lassen. V. C. S. i. S. Pilß c. Maas vom 10. Oktober 1888, Nr. 66/88 V.

Zur Konkursordnung.

8. Es kann zugegeben werden, daß die Anwendung der Bestimmungen im § 152 Abs. 2 und § 179 der K. K. O. dadurch nicht ausgeschlossen wird, daß einem Gläubiger des Kridars ein Absonderungsrecht zusteht. Zwar soll nach § 3 Abs. 2 der K. K. O. die abgesonderte Befriedigung unabhängig vom Konkursverfahren erfolgen. Aber nach § 57 der K. K. O. kann ein Gläubiger, welcher abgesonderte Befriedigung beansprucht, die Forderung, wenn der Gemeinschuldner auch persönlich für dieselbe haftet, zur Konkursmasse geltend machen, verhältnißmäßige Befriedigung aus der Konkursmasse aber nur für den Betrag fordern, zu welchem er auf abgesonderte Befriedigung verzichtet, oder mit welchem er bei der Letzteren ausgefallen ist. Es findet daher, wenn der Gläubiger seine Forderung an den Kridar gemäß § 57 zur Konkursmasse angemeldet hat, darauf auch das in Buch II Tit. 4 der K. K. O. geregelte Feststellungsverfahren mit allen gesetzlichen Wirkungen der Feststellung Anwendung und zwar nicht etwa beschränkt auf den durch das Objekt des Absonderungsrechts nicht gedeckten Ausfall, für welchen Befriedigung aus der Konkursmasse verlangt wird, sondern für den ganzen Betrag der angemeldeten und festgestellten Forderung, auch soweit dieselbe durch das Objekt des Absonderungsrechts gedeckt wird. Die Beschränkungen der Wirkungen der Feststellung auf die Ausfallforderung führt zu unmöglichen Konsequenzen und steht mit § 57 cit. im Widerspruch. Kl. hat ihre Forderung an den Bekl. im Konkurse angemeldet und ihr Absonderungsrecht geltend gemacht, wegen des Ausfalls aber Befriedigung aus der Konkursmasse verlangt. Beide im vorliegenden Prozeß verfolgte Klageansprüche sind dadurch bedingt, daß die Forderung der Kl. im Konkurse festgestellt ist. Ist dies nicht der Fall, so mußte Kl. ihre Forderung im vorliegenden Prozesse begründen und, soweit sie vom Bekl. bestritten ist, beweisen. Namentlich ist nach dem § 179 der K. K. O., auf welchen auch das B. G. seine Entscheidung gründet, die im Falle eines Zwangsvergleichs aus demselben gewährte Zwangsvollstreckung durch die Feststellung der Forderung im Konkursverfahren bedingt. Nun nimmt das B. G. selbst an, daß eine ordnungsmäßige Feststellung der klägerischen Forderung im Konkurse nicht erfolgt sei. Dessen ungeachtet glaubt das B. G. den § 179 zur Anwendung bringen zu dürfen, weil die Feststellung im Konkursverfahren, namentlich die Eintragung in die Tabelle, mit Unrecht unterblieben sei. Diese Argumentation ist rechtsirrthümlich. Der § 179 setzt voraus, daß die Forderung fest-

gestellt ist, und dieses Erforderniß kann, wenn demselben nicht genügt ist, nicht dadurch ersetzt werden, daß das erkennende Gericht im vorliegenden Prozesse findet, daß alle gesetzlichen Voraussetzungen der Feststellung vorlagen, daß also der Konkursrichter die Forderung hätte feststellen sollen, und dies mit Unrecht unterlassen hat. Der § 179 setzt vielmehr eine Feststellung im Konkurse gemäß § 132 bis 134 der K. K. O. voraus. Diese Feststellung findet ihren Abschluß in der dem Gericht obliegenden Eintragung in die Tabelle, welcher nach § 133 Abs. 2 die Wirkung eines rechtskräftigen Urtheils beigelegt ist. Diese Feststellung bildet auch die Voraussetzung des § 179 und sie kann nach beendigtem Konkurse nicht mehr nachgeholt werden. In einem erst nach beendigtem Konkurse anhängig gemachten Prozesse muß der Gläubiger seine Forderung nach den allgemeinen Vorschriften, soweit sie bestritten ist, beweisen und ein Urtheil erwirken, auf Grund dessen dann die Zwangsvollstreckung erfolgen kann. I. C. S. i. S. Kohlhage c. Runshoff & Spanken vom 20. Oktober 1888, Nr. 214/88 I.

II. Das Handelsrecht.

9. Eine offene Handelsgesellschaft verliert mit der gemäß Art. 123 des H. G. B. eintretenden gesetzlichen Auflösung nicht von Rechtswegen vollständig ihre Existenz und die Fähigkeit, klagend aufzutreten, wie der B. R. vermeint. Vielmehr erlischt mit dieser Auflösung nur die produktive Seite der Gesellschaft und die gegenseitige Prokura der Gesellschafter. Alle sonstigen Bestimmungen über die Gesellschaft bleiben bis zur Auseinandersetzung oder bis zur Beendigung der etwa eintretenden Liquidation bestehen. Vergl. Makower zu Art. 123 Note 1c. Bis zu diesem Zeitpunkte lebt daher die gemäß Art. 123 aufgelöste Gesellschaft unter ihrer bisherigen Firma fort. Die Richtigkeit dieser Sätze ergiebt sich aus den Bestimmungen über die Liquidation der offenen Handelsgesellschaft, insbesondere dem Art. 144, welcher ausdrücklich das Fortbestehen der Gesellschaft und ihres bisherigen Gerichtsstandes während der Liquidation anordnet, allerdings unter den Modifikationen, wie sie in dem 5. Abschnitt über die Liquidation näher angegeben oder in dem Wesen der Liquidation begründet sind. Der Abs. I des Art. 144 ist gerade in dritter Lesung des Entwurfs (Protokolle 1543, 4560) aufgenommen worden, um dem Mißverständnisse vorzubeugen, als ob durch die bloße Auflösung der Gesellschaft (Art. 123) schon alle Bestimmungen des 2. und 3. Abschnitts außer Anwendung gesetzt würden. Makower zu Art. 144 Note 18. Die Liquidation einer offenen Handelsgesellschaft tritt nun aber nicht nothwendig sofort mit dem Momente der gesetzlichen Auflösung ein. Ueberhaupt ist nach erfolgter Auflösung der Eintritt des Liquidationszustandes nicht obligatorisch (vergl. Art. 133); die bisherigen Gesellschafter können vielmehr vertragsmäßig jede andere Art der Herbeiführung der Theilung oder auch eine Auseinandersetzung ohne Theilung vereinbaren. Entscheidung des R. O. H. G. Bd. 24 S. 143. Das Gesetz ist demnach davon ausgegangen, daß auch in der Zwischenzeit von der gesetzlichen Auflösung bis zum Eintritt der Liquidation die Gesellschaft trotz der erfolgten Auflösung fortbestehen soll, da sonst nur die Annahme übrig bliebe, daß die durch einen gesetzlichen Auflösungsgrund ihrer Existenz beraubte Gesellschaft nunmehr, sobald die Liquidation einträte, rückwärts wieder ins Leben gerufen würde, eine Annahme, welche zu den größten Unzuträglichkeiten führen müßte und offenbar dem Sinne des Gesetzes widersprechen würde. Die vorstehenden Erwägungen führen mit Nothwendigkeit dahin, daß auch in den Fällen, wo keine Liquidation, sondern eine Auseinandersetzung in anderer Art eintritt, bis zu dieser Auseinandersetzung die aufgelöste Gesellschaft ihre Existenz behält und unter ihrer bisherigen Firma klagend auftreten kann. Diese Auffassung wird nun auch nicht blos in der Doktrin überwiegend vertreten — vergl. noch von Hahn, 3. Auflage, Bd. I S. 472, 473; Behrend Bd. I S. 547 ff. —, sondern ist auch in mehreren Entscheidungen des R. G. als richtig anerkannt worden. Urtheil des II. C. S. i. S. Fiskus wider Meesen und Gen. vom 31. März 1885, Rep. 472/84; Urtheil des IV. C. S. i. S. Fiskus wider Selve vom 21. März 1887 (Juristische Wochenschrift 1887 S. 196). II. C. S. i. S. Seligmann c. Pöß und Gen. vom 23. Oktober 1888, Nr. 183/88 II.

10. Der Rücktritt von Verträgen, deren Hauptgegenstand Handlungen sind, ist auf Gefahr des Zurücktretenden, vorbehaltlich der Pflicht zur Entschädigung, nach Pr. L. R. zulässig (A. L. R. für die preußischen Staaten Thl. I Tit. 5 §§ 408 ff.) und der Wortlaut des Art. 227 H. G. B. läßt es gerechtfertigt erscheinen, die Frage aufzuwerfen, ob nicht das Handelsgesetz mit der Bestimmung in Abs. 3 des Art. 227 den angeführten Grundsatz des Pr. L. R. sich aneignen wollte. Diese Frage ist jedoch zu verneinen. Im Entwurfe eines H. G. B. für die preußischen Staaten (1857) lautete der entsprechende Artikel des Aktienrechts, nämlich Art. 193 Abs. 2 des Entwurfs einfach dahin: „Die Vorsteher können nur auf Widerruf bestellt werden. Sie können besoldet oder unbesoldet, Aktionäre oder Andere sein." Die Vorschrift ist dem Art. 31 des französischen code de commerce entnommen und die Motive zum preußischen Entwurf bezeichnen die freie und unbedingte Widerruflichkeit der Vorsteher von Aktiengesellschaften als eine nothwendige Folge ihrer rechtlichen Stellung als der Beauftragten der Gesellschaft und als zur Sicherung der letzteren unentbehrlich. Bei der Berathung der für ein Allgemeines Deutsches H. G. B. in Nürnberg bestellten Kommission wurde in der Sitzung vom 19. März 1857 (Thl. I der Protokolle S. 347) von einem Abgeordneten eine neue Fassung des Art. 193 des Entwurfs vorgeschlagen, von welcher hier nur Abs. 3 zu erwähnen ist, lautend: „Die Vollmacht ist zu jeder Zeit widerruflich, unbeschadet der aus den zwischen dem Vorsteher und der Gesellschaft bestehenden Verträgen entspringenden Rechte." Mit Rücksicht auf die große Anzahl der zu dem Artikel gemachten Aenderungsvorschläge wurde zunächst beschlossen, die Redaktionskommission um eine neue Vorlage bezüglich des Art. 193 zu ersuchen und in der Sitzung vom 9. November 1857 (Thl. II der Protokolle S. 1056) wurde vom Referenten eine neue Fassung vorgelegt, welche in dem Satze, „Ihre Bestellung ist zu jeder Zeit widerruflich, unbeschadet der Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen," ohne Diskussion angenommen wurde. Aus diesem Inhalt der Vorberathungen folgt nichts dafür, daß für den Rücktritt von Anstellungs- oder Dienstverträgen der Vorstände ein bestimmter einheitlicher Rechtssatz aufgestellt oder bei dem für Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen gemachten Vorbehalt von einer bestimmten Theorie in Betreff

des Rücktritts von Dienstverträgen ausgegangen wurde. Auch hier sind vielmehr wie bei den Handlungsgehülfen die kontraktlichen Rechte dem Landesrecht unterstellt worden, wenn eine vorzeitige Entlassung stattgefunden hat, welche nicht durch wichtige Gründe gerechtfertigt werden kann. Daß in Art. 54 H. G. B., welcher in ähnlicher Weise und aus ähnlichen Gründen die Prokura oder Handlungswollmacht für zu jeder Zeit widerruflich erklärt, dem Prokuristen die Rechte aus dem bestehenden Dienstverhältnisse gewahrt werden, während Art. 227 H. G. B. nur Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen vorbehält, begründet gleichfalls nicht den Schluß, daß der Vorsteher einer Aktiengesellschaft bei dem Widerruf seiner Bestellung in allen Fällen auf Entschädigungsansprüche beschränkt sein soll. Das häufige Vorkommen von Dienstverträgen bei dem Prokuristen mochte es zweckmäßig erscheinen lassen, auszusprechen, daß der Widerruf der Prokura nur das Recht der Vertretung nach außen aufhebe, das Dienstverhältniß aber im Uebrigen mit allen seinen Rechten unberührt lasse. Bei der Erklärung der Widerruflichkeit der Vorsteher (Art. 227 H. G. B.) trat die Frage in den Vordergrund, welche Wirkung der Zusage, einen Vorsteher längere Zeit in seiner Stellung zu belassen und ihn zu honoriren, beizulegen wäre, und hierauf geht die Entscheidung dahin, daß die Widerruflichkeit seines Auftrags zur Vertretung Entschädigungsansprüche wegen vorzeitiger Entlassung nicht ausschließe. In beiden Fällen ist daher die Wirkung des Widerrufs auf die Vertretereigenschaft beschränkt, die Frage der Wirkung des Rücktritts von bestehenden Anstellungs- oder Dienstverträgen aber dem diese beherrschenden Landesrecht überlassen. II. C. S. i. S. Albert c. Sanatorium vom 19. Oktober 1888, Nr. 223/88 II.

11. Die Geschäfte, welche die Ehefrau des Bekl. neben ihrem Beruf als Hebamme betrieb, waren nicht auf Waarenumsatz, sondern nur auf Verwerthung der Arbeit gerichtet, indem sie in der Verarbeitung von Wolle, welche die Bestellerin der Arbeit lieferte, zu Kinderröckchen und Hauben bestanden haben sollen. Der gewerbsmäßige Betrieb solcher Geschäfte begründet nach Art. 4, 6, 272 Nr. 1 des H. G. B. nur dann die Eigenschaft eines Kaufmanns beziehungsweise einer Handelsfrau, wenn der Gewerbebetrieb des Uebernehmers über den Umfang des Handwerks hinausgeht, also nur im Falle des Großbetriebs. Die Grenze zwischen Handwerks- und Fabrik- oder Großbetrieb im einzelnen Falle auf Grund der bestehenden thatsächlichen Verhältnisse zu bestimmen, ist die Aufgabe des Instanzgerichts und wäre in dieser Richtung eine Nachprüfung Seitens des Revisionsgerichts ausgeschlossen. Allein das angefochtene Urtheil entscheidet die Frage nach Kriterien, welche dem gesetzlichen Begriffe des über den Umfang des Handwerks hinausgehenden Gewerbebetriebs nicht entsprechen. Nach den Gründen des B. G. soll schon aus der Art des gedachten Betriebs hervorgehen, daß er den Umfang des Handwerks überschreite, indem dir Ehefrau des Bekl. zwar mitgearbeitet habe, ihre verschiedenen Gewerbsgehülfen aber nicht in einer Werkstätte bei sich beschäftigt, sondern die zu verarbeitenden Gegenstände an auswärts arbeitende Gehülfen hinausgegeben habe. Daß dieser letztere Umstand durch den bedeutenden Umfang des Betriebs herbeigeführt sei, ist nicht gesagt, vielmehr wird schon an sich die Vergebung der Arbeit an auswärtige Gewerbsgehülfen im Gegensatze zur Verarbeitung in einer Werkstätte der Uebernehmerin als Kennzeichen für die Ueberschreitung eines bloßen Handwerksbetriebs angenommen, was rechtsirrthümlich ist. Es rechtfertigt sich auch nicht zu unterstellen, das B. G. habe aus der Größe der entstandenen Schuld der Bestellerin dennoch stillschweigend einen größeren Umfang des Betriebs entnommen; denn die Frage, ob sich die eingeklagte Schuld auf dir Lieferungen während einiger Monate beziehe oder auf die Arbeiten aus einem Zeitraum von 4 bis 5 Jahren vertheile, ist unentschieden gelassen; die Umfassung sämmtlicher Arbeiten aus den letzten 4 oder 5 Jahren durch die eingeklagte Schuld ist nur als sehr unwahrscheinlich bezeichnet, während das landgerichtliche Urtheil gerade diese vom Bekl. behauptete Thatsache als unbestritten behandelt hatte. Es ist nicht zu bezweifeln, daß auch eine derartige Hausindustrie bei bedeutendem Umfang zu einem kaufmännischen Betrieb des Uebernehmers der Bestellungen führen kann, welcher als über den Umfang des Handwerks hinausgehend zu charakterisiren wäre, allein die Beschäftigung der Gewerbsgehülfen in der eigenen Werkstätte ist weder ein sicheres Kennzeichen für bloßen Handwerksbetrieb noch geht dieser schon in den Großbetrieb über, wenn die Arbeit nicht von dem Uebernehmer allein hergestellt, sondern zugleich an auswärts wohnende und arbeitende Gehülfen vergeben wird. II. C. S. i. S. Teitgen c. Fetz vom 23. Oktober 1888, Nr. 184/88 II.

12. Auch auf dem (gebotenen) Standpunkte des Art. 278 des Allgemeinen Deutschen H. G. B. und bei Würdigung des Zweckes solcher Stipulationen (Verpflichtung des ausscheidenden Theilhabers einer Handelsgesellschaft bei Konventionalstrafe mit den Kunden der bisherigen Firma keine Geschäftsverbindung anzuknüpfen) Nachtheile, welche aus der gewerblichen Konkurrenz des ausscheidenden Mitinhabers eines Handlungshauses für letzteres entstehen können, zu verhüten, führt die Norm, „daß Strafgedinge und die Freiheit im gewerblichen Betriebe beschränkende Abmachungen enge auszulegen sind,“ dazu, einer Stipulation der Art, wie die unter Nr. 3 des Vertrages vom 29. Juni 1882 beurkundete, und deswegen dieser Stipulation selbst, die Bedeutung abzusprechen, daß dadurch dem ausscheidenden Mitlnhaber untersagt werde, eine Geschäftsverbindung mit solchen Personen anzuknüpfen oder anknüpfen zu lassen, welche erst nach seinem Ausscheiden Kunden des betreffenden Handlungshauses werden würden. Eine solche Stipulation besitzt die rechtliche Natur eines Strafgedinges nur für diejenigen Fälle, in denen eine Benutzung der in der Stellung als Handelsgesellschafter, sei es wirklich erworbenen, sei es doch zu erwerben möglichen Kenntniß von den Geschäftsbeziehungen jenes Handlungshauses seitens des mit Konventionalstrafe Bedrohten bei dem Anknüpfen oder Anknüpfenlassen einer Geschäftsverbindung denkbar ist; das heißt bei dem Anknüpfen oder Anknüpfenlassen einer Geschäftsverbindung mit Personen, welche vor dem Ausscheiden jenes Mitinhabers bereits zu den Kunden jenes Handlungshauses gehörten. I. C. S. i. S. Reichenkron c. Mielke vom 10. Oktober 1888, Nr. 201/88 I.

13. Bei dem Bestehen eines Kontokorrentverkehrs ist von der Geltendmachung einer Forderung aus einer einzelnen Leistung nicht die Rede, und ebensowenig kann eine solche Forderung Gegenstand der Pfändung sein (vergl. Levy-Rießer, der Kontokorrentvertrag S. 254 Nr. 2). Diese aus der Natur des Konto-

korrentvertrags entspringende Folge wird auch keineswegs, wie der Rkl. annimmt, dadurch wegfällig, daß bereits vor der Pfändung der Konkurs über das Vermögen des M. ausgebrochen war. Durch den Konkurs wird zwar der Kontokorrentverkehr beendigt; die bis dahin auf beiden Seiten gemachten Leistungen verlieren aber dadurch nicht ihren Charakter als innerhalb des Kontokorrentvertrages gemachte Leistungen. Auch bei Ausbruch des Konkurses über das Vermögen des einen Kontrahenten sind daher die auf der Debet- und Kreditseite verzeichneten beiderseitigen Leistungen zu summiren und ist durch deren Gegenüberstellung zu ermitteln, welcher der Kontrahenten bei der durch den Konkurs erfolgten Beendigung des Kontokorrentverhältnisses Gläubiger und welcher Schuldner ist. Vom Rkl. ist darauf hingewiesen, daß derselbe Grundsatz, daß eine einzelne Kreditpost nicht herausgegriffen und zum Gegenstand der Klage gemacht werden könne, auch außerhalb des eigentlichen Kontokorrentverkehes bei der sogenannten „laufenden Rechnung" gelte, wie dies namentlich auch vom vormaligen R. O. H. G. in dem im Bd. 20 S. 104 der von den Mitgliedern dieses Gerichtshofes veröffentlichten Entscheidungen mitgetheilten Urtheil ausgesprochen ist. Allein der Begriff der „laufenden Rechnung" als Gegensatz zum Kontokorrent ist kein so fest begrenzter, daß daraus allein sichere rechtliche Folgen abgeleitet werden können. Man kann nur zugeben, daß auch außerhalb des Kontokorrentverkehes zwischen zwei Personen, welche in fortlaufender Geschäftsverbindung mit einander stehen, vereinbart werden kann, daß nur der beim Abschluß der Rechnung sich ergebende Saldo eingeklagt werden solle, und daß solche Vereinbarung nicht blos ausdrücklich, sondern auch stillschweigend getroffen werden kann. Unrichtig wäre es aber, eine solche stillschweigende Vereinbarung schon darin zu erblicken, daß die Parteien vertragsmäßig übereingekommen sind, immer erst am Schlusse einer bestimmten Geschäftsperiode gegenseitig abzurechnen, um den Betrag der Summe zu ermitteln, welche Einer dem Andern schuldet. Denn durch eine solche Abrechnung werden die einzelnen Leistungen nicht nothwendig ihres Charakters als Forderungen und Gegenforderungen bezw. als Zahlungen entkleidet. Die Abrechnung vollzieht sich in solchem Falle mangels einer auf den Abschluß eines eigentlichen Kontokorrentvertrags gerichteten Absicht nach den Grundsätzen der Kompensation resp. der Zahlung auf mehrere Forderungen. Der nach der Abrechnung sich ergebende sogenannte Saldo bildet dann nicht eine selbständige Forderung, sondern die arithmetische Summe der durch Kompensation und Zahlung nicht gedeckten einzelnen Forderungen des nicht voll befriedigten Gläubigers. Durch eine Vereinbarung, wie sie hier unterstellt wird, daß nämlich am Schlusse einer bestimmten Geschäftsperiode abgerechnet werden solle, wird zwar regelmäßig die Einklagung eines einzelnen Postens **während der Dauer** der Geschäftsperiode insofern gehindert, als einer solchen Klage die Einrede der verfrühten Klage entgegenstehen würde. Nach Abschluß der Periode würde aber, da die einzelnen Posten als solche durch jene Abmachung und mangels einer weitergehenden Absicht der Kontrahenten ihre Selbständigkeit nicht verlieren, der Klage aus einer einzelnen Forderung nur dann eine wirksame dilatorische Einrede entgegenstehen, wenn der Kl. dem Bekl. nach dem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältniß zur Ablegung einer Rechnung verpflichtet wäre. In solchem Fall würde der Bekl. mit Grund einwenden können, daß es zunächst Sache des Kl. sei, dem Bekl. eine Rechnung vorzulegen, aus welcher er ersehen könne, ob die eingeklagte Forderung dem Kl. noch wirklich zustehe. Wenn aber dem Kl. eine solche Rechnungspflicht nicht obliegt, wird Bekl. sich von der Klage, insofern er die Forderung als solche anerkennt, nur durch den Nachweis befreien können, daß die Forderung durch Kompensation oder Zahlung erloschen sei. III. C. S. i. S. Nathansen c. Jürgensen vom 16. Oktober 1888, Nr. 119/88 III.

III. Sonstige Reichsgesetze.

Zum Haftpflichtgesetz.

14. Wenn aus irgend einem beliebigen Grunde derjenigen Beamtenklasse, welcher der Verunglückte ohne den eingetretenen Unfall nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge jetzt noch angehören würde, eine Erhöhung ihrer Bezüge zu Theil wird, so ist es eine Nachwirkung des Unfalles, daß der Verunglückte von diesem Vortheile ausgeschlossen ist, auch daß ihm dieser Zuschuß entgeht, gehört also zu demjenigen Vermögensnachtheile, welchen er durch die in Folge der Verletzung eingetretene Erwerbsunfähigkeit oder Verminderung der Erwerbsfähigkeit erleidet (vergl. § 3 Nr. 2 des R. Ges. vom 7. Juni 1871). Es kommt dann nur noch darauf an, ob die fragliche Erhöhung der Beamtenbezüge eine wesentliche Veränderung derjenigen Verhältnisse in sich schließt, welche bei der ursprünglichen Abmessung der Rente maßgebend gewesen sind. Dieses Erforderniß ist allerdings so weit auszudehnen, daß Umstände, welche bei der ersten Feststellung der Rente bereits als möglicher Weise bevorstehend vernünftiger Weise in den Bereich der Erwägungen gezogen werden mußten, die Anwendbarkeit der jetzt in Rede stehenden Bestimmung des § 7 nicht zu begründen vermögen. VI. C. S. i. S. Fiskus c. Tromp vom 15. Oktober 1888, Nr. 143/88. VI.

Zum Reichsbeamtengesetz.

15. Anlangend die Frage nach der vertretbaren Verschuldung der Bekl., so begnügt sich das auf die letzteren, als zum Mindesten mittelbare Reichsbeamte, in erster Reihe anwendbare Reichsbeamtengesetz vom 31. März 1873 (R. Ges. B. S. 61) mit der allgemeinen Bestimmung, daß jeder Reichsbeamte für die Gesetzmäßigkeit seiner amtlichen Handlungen verantwortlich ist (§ 13), und verordnet im Uebrigen (§ 19 Satz 1): „Auf die Rechtsverhältnisse der aktiven und der aus dem Dienste geschiedenen Reichsbeamten, über welche nicht durch R. G. Bestimmung getroffen ist, finden diejenigen gesetzlichen Vorschriften Anwendung, welche an ihren Wohnorten für die aktiven, beziehungsweise für die aus dem Dienste geschiedenen Staatsbeamten gelten." Hiernach ist, wie keinem Zweifel unterliegt, die privatrechtliche Schadensersatzpflicht des Reichsbeamten wegen pflichtwidrigen Verhaltens sowohl gegenüber dem Reiche als gegenüber dritten Personen nach ihren speziellen Voraussetzungen wie nach ihrem Umfange nach dem gemäß § 19 Satz 1 maßgebenden Landesrechte, vorliegend also nach dem Pr. A. L. R., zu beurtheilen (vgl. Kanngießer, Kommentar zum Reichsbeamtengesetze S. 66 flg.; Laband, das Staatsrecht des deutschen Bundes 2. Aufl. Bd. 1 S. 456 flg.). Letzteres legt auch das B. G. seiner Beurtheilung zu Grunde. — IV. C. S. i. S. v. Fuchs c. Reichsfiskus vom 11. Oktober 1888, Nr. 129/88 IV.

16. Nach dem Gesetze, betreffend die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten vom 31. März 1873 (R. Ges. Bl. S. 61)

§ 128 ist während der Suspension des Beamten die Hälfte — oder unter Umständen der vierte Theil — seines Diensteinkommens zum Zwecke der Deckung der Kosten der Stellvertretung und der Untersuchungskosten inne zu behalten. Wie jedoch die §§ 129, 130 weiter verordnen, ist der zu diesen Kosten nicht verwendete Theil des Einkommens dem Beamten unbedingt, auch in dem Falle, wo das Verfahren die Entfernung aus dem Amte zur Folge gehabt hat, nachzuzahlen, und wenn der Beamte freigesprochen wird, muß ihm der innebehaltene Theil vollständig nachgezahlt werden. Schon der Wortlaut des Gesetzes schließt die Auffassung des Bekl. aus. Denn danach ist der Anspruch auf Nachzahlung des innebehaltenen Diensteinkommens lediglich durch die Thatsache der Freisprechung des Angeschuldigten bedingt, und solche liegt im gegenwärtigen Falle vor. Der Anschauung des Bekl. steht aber auch die rechtliche Natur der Amtssuspension im Sinne des Gesetzes entgegen. Die Amtssuspension — vorläufige Dienstenthebung — hat nicht den Charakter der Dienstentlassung. Sie bezweckt nur, den Beamten, der einer strafbaren Handlung oder eines Dienstvergehens beschuldigt ist, während des schwebenden Verfahrens von der Ausübung der Amtsfunktionen zu entbinden. Der Beamte verbleibt also trotz der Suspension in seinem Amte und behält den rechtlichen Anspruch auf sein volles Diensteinkommen. Die Anordnung wegen der theilweisen Innebehaltung des letzteren ist nur eine Arrestmaßregel, die dazu dient, den Fiskus sicher zu stellen wegen der Untersuchungskosten und der Kosten der Stellvertretung, welche letztere der Beamte, wenn es zu seiner Bestrafung kommt, als durch seine Schuld verursacht (abgesehen von dem Falle des § 130 Abs. 2. a. a. O.) zu tragen hat. Aus solcher Rechtslage folgt aber mit Nothwendigkeit, daß, wenn der Beamte freigesprochen und damit festgestellt wird, daß seine Suspension materiell nicht gerechtfertigt gewesen, ihm das innebehaltene Diensteinkommen ungekürzt nachgezahlt werden muß. In dieser Beurtheilung tritt mit Rücksicht auf den Gang, welchen das Strafverfahren im gegenwärtigen Falle genommen hat, eine Aenderung nicht ein. Zwar hat das die Bestrafung des Kl. aussprechende Urtheil der Strafkammer vom 5. März 1884, nachdem gegen dasselbe die Revision ohne Erfolg eingelegt war, die Rechtskraft erlangt. Trotz der Rechtskraft unterlag dasselbe aber im Wege des Wiederaufnahmeverfahrens der Anfechtung (§ 399 ff. der Reichs-Strafprozeßordnung). Die Anfechtung ist erfolgt und hat zur Aufhebung jenes Urtheils und zur Freisprechung des Kl. geführt. Damit ist aber die Voraussetzung für den Anspruch des Kl. auf Nachzahlung des innebehaltenen Theils des Diensteinkommens gemäß § 130 a. a. O. gegeben und es entbehrt die Aufstellung, daß dieser Anspruch durch die vorangegangene verurtheilende Entscheidung, weil dieselbe formelle Rechtskraft erlangt hat, erloschen sei, jeder rechtlichen Grundlage. Ohne Belang ist es hierbei, ob die Wiederaufnahme des Verfahrens ein Rechtsmittel im Sinne der Str. P. O. ist. Jedenfalls stellt sich dieselbe, wie der B. R. zutreffend ausführt, als eine Fortsetzung des früheren Verfahrens dar, was sich aus der Sachlage von selbst ergiebt und speziell auch daraus hervorgeht, daß die Str. P. O. — §§ 410, 413 — die in Folge der Wiederaufnahme des Verfahrens eintretende Hauptverhandlung als erneute Hauptverhandlung bezeichnet und diese Hauptverhandlung auf Grund des früheren Eröffnungsbeschlusses stattfindet, der zu diesem Zwecke in derselben wiederum zu verlesen ist (zu vergleichen Entscheidungen des R. G. in Strafsachen Bd. IV. S. 426). Wenn die Revision zu ihrer Unterstützung geltend macht, daß aus den Vorschriften der Str. P. O. §§ 399—413 nicht zu entnehmen sei, daß das im Wiederaufnahmeverfahren ergehende abweichende Urtheil die Aufhebung der durch die frühere rechtskräftige Entscheidung begründeten civilrechtlichen Folgen nach sich ziehe, so wird übersehen, daß für eine dahin gehende Bestimmung in der Str. P. O. kein Raum war. Die streitige Frage ist allein auf Grund des materiellen Rechts, hier also des Reichsbeamtengesetzes zu entscheiden und nach diesem stellt sich der Anspruch als begründet heraus. Denn der § 130 Abs. 1 daselbst spricht die Verpflichtung des Fiskus zur Nachzahlung des innebehaltenen Theils des Diensteinkommens bei der Freisprechung des Beamten unbedingt aus, ohne den Fall auszunehmen, wenn nach vorangegangener rechtskräftiger Verurtheilung des Beamten die Freisprechung auf Grund erwirkter Wiederaufnahme des Verfahrens erfolgt, obgleich Anlaß gegeben war, dieser Ausnahme, wenn sie beabsichtigt wurde, besonderen Ausdruck zu leihen, da in den meisten der zur Zeit des Erlasses des Gesetzes in den Bundesstaaten geltenden Str. P. O. ein dem Wiederaufnahme-Verfahren der Reichs-Strafprozeßordnung entsprechendes Verfahren vorgesehen war (zu vergleichen Hahn, Materialien zur Reichs-Strafprozeßordnung S. 261, 382 ff.). IV. C. S. i. S. Reichsfiskus c. Viert vom 22. Oktober 1888, Nr. 115/88. IV.

Zu den Stempelgesetzen.

17. Nach § 6 des Reichsstempelgesetzes vom 29. Mai 1885 (R. Ges. Bl. S. 179) wird die unter Tarifnummer 4 angeordnete Abgabe von den daselbst bezeichneten Geschäften; zu welchen unstreitig die hier in Rede stehenden Geschäfte gehören, erhoben, nach der vierten Kolonne dieser Tarifsnummer geschieht die Berechnung der Stempelabgabe nach dem Werth des Geschäfts und dieser wird nach dem vereinbarten Kauf- und Lieferungspreis, sonst nach dem mittleren Börsen- oder Marktpreis bestimmt. Bei der Frage: ob im einzelnen Fall ein einheitliches Geschäft oder eine Mehrzahl von Geschäften vorliegt? entscheidet hiernach der Inhalt des abgeschlossenen Geschäfts, nicht ohne Weiteres der Inhalt des dem Kommissionär gegebenen Auftrags. Hätte also im vorliegenden Falle der Auftrag der Sächsischen Bankgesellschaft, welcher übrigens, wie bereits bemerkt, auf Verkauf (nicht auf Ankauf) der in Rede stehenden Werthpapiere gerichtet war, den Inhalt gehabt, den Verkauf nur durch Abschluß mehrerer Verkäufe auszuführen, und die Kl. hätte dem zuwider denselben durch Abschluß eines Geschäfts mit einem Dritten ausgeführt, so würde ohne Rücksicht auf den Inhalt des Auftrags nach § 10 des zitirten Gesetzes nur eine Schlußnote aufzustellen und dieses einheitliche Geschäft zur Besteuerung heranzuziehen gewesen sein. Indessen es ist zuzugeben, daß der Inhalt des Auftrags einen Schluß auf den Inhalt des auf Grund desselben abgeschlossenen Geschäfts auch in dem Falle zuläßt, wo der Kommissionär nicht selbst in das Geschäft eintritt. Der Inhalt des Auftrags ist aber sogar von entscheidender Bedeutung, wenn der Kommissionär von der ihm in Art. 376 des H. G. B. gegebenen Befugniß Gebrauch macht, die Werthpapiere, welche er zu verkaufen beauftragt ist, als Käufer für sich zu behalten. In

diesem Falle stellt sich der Auftrag zum Verkauf zugleich als eine eventuell dem Kommissionär gemachte Offerte, die Papiere zu kaufen, dar und es kann der Zweifel erhoben werden, ob, wenn dem Auftrage die Beschränkung beigefügt ist, den Verkauf nur durch Abschluß mehrerer Geschäfte auszuführen, der übereinstimmende Vertragwille vorhanden ist, falls die Annahmeerklärung (die Aufgabe) des Kommissionärs auf den Abschluß eines einheitlichen Geschäfts gerichtet ist? ob also mit andern Worten in solchem Fall ein gültiger Vertrag zwischen beiden überhaupt zu Stande gekommen ist? Der Fall des § 376 des H. G. B. liegt aber hier gerade vor und es handelt sich im Rechtsstreit ausschließlich um die Besteuerung des zwischen der Kl., als Kommissionär, und ihren Kommittenten zu regulirenden Abwickelungsgeschäft (§ 7 Abs. 3 des Reichsstempelgesetzes). Von solchem Inhalte des Auftrags, wie er oben vorausgesetzt ist, geht aber das B. G. selbst nicht aus; denn seine Entscheidung geht nur dahin: „Bei einem auf An- und Verkauf verschiedenartiger Papiere gerichteten Auftrage wird nach der durch unzweifelhafte Uebung festgestellten Auffassung der Auftrag (falls nicht ausdrücklich ein Andres erklärt ist) dahin aufgefaßt, daß er bezüglich eines jeden Papiers getrennt und unabhängig davon, ob er auch bezüglich der übrigen Papiere effektuirt werden kann, auszuführen ist." Hiermit ist nicht ausgedrückt, daß der Auftrag nach der durch Uebung festgestellten Auffassung nicht zugleich den Inhalt hat, ihn, wenn dies so effektuirt werden kann, durch Abschluß eines einheitlichen Geschäfts auszuführen. Es kann vielmehr keinem Zweifel unterliegen, daß dies zugleich in dem Auftrage liegt; eine Unterscheidung in dieser Beziehung, welche dahin führen würde, daß der Kommittent das zur Ausführung des Auftrags geschlossene einheitliche Geschäft wegen der Auftragwidrigkeit der Ausführung ablehnen könnte, wäre eine völlig willkürliche und stellt eine solche Uebung auch der B. R. nicht fest. In derselben Weise ist aber auch die in dem Auftrage liegende eventuelle Offerte an den Kommissionär, die aufgegebenen Werthpapiere als Käufer für sich zu behalten, aufzufassen. Diese Offerte geht nicht blos dahin, einzelne Gattungen der aufgegebenen Papiere als Käufer für sich zu behalten, sondern zugleich dahin, nach Befinden alle Papiere vermöge einer einheitlichen Annahmeerklärung selbst zu erwerben. Eine solche Abwickelung wird sogar die Regel sein bei Papieren, deren Umsatz das mit der Kommission beauftragte Bankhaus geschäftsmäßig betreibt. Die von der Kl. in ihrem Schreiben vom 25. Februar 1887 abgegebene Erklärung, daß sie alle ihr zum Verkauf aufgegebenen Papiere als Selbstkontrahentin behalte, stellt sich hiernach als eine die Offerte deckende Annahme dar. Erwägt man nun, daß sich diese Annahme nicht nur auf alle angestellten Papiere bezog, sondern daß dieselbe in derselben Weise, wie die alle Papiere umfassende Offerte in einem Akt (d. h. in einem Schreiben) gemacht war, auch in einem Akt (in einem Schreiben) erklärt worden ist, so kann nicht wohl daran gezweifelt werden, daß durch das Schreiben der Kl. vom 25. Februar 1887 ein einheitliches Anschaffungsgeschäft zwischen ihr und ihrer Kommittentin abgeschlossen ist. Es fehlt an jedem Anhalt für die Annahme, daß die Uebernahme der einzelnen Gattungen der angestellten Papiere als soviel einzelnen Willensentschlüssen hervorgegangen und durch soviel einzelne Willenserklärungen der Kl. zur Kenntniß der Kommittentin gebracht ist, als Schlußnoten ausgestellt sind. Der Besteuerung unterliegt das Geschäft, nicht die Schlußnote. Das R. G. hat diesen Standpunkt auch bereits für einen wesentlich gleichliegenden Fall in einem Urtheil vom 14. Mai 1888 (IV. 46. 88) eingenommen. IV. C. S. i. S. Fiskus c. Bank für Handel und Industrie vom 22. Oktober 1888, Nr. 170/88 IV.

IV. Das Gemeine Recht.

18. Dem B. G. ist darin beizustimmen, daß der zwischen den Eheleuten S. vor Notar abgeschlossene Vertrag, worin dieselben bestimmen, daß, da ihre Ehe mit Kindern gesegnet sei, der Ueberlebende von ihnen den lebenslänglichen, unbeschränkten Nießbrauch an dem Nachlasse des zuerst Versterbenden ohne jede Kautionsleistung erben und erhalten, auch befugt sein solle, über den Nachlaß des Zuerstverstorbenen beliebige Verfügungen und Veräußerungen vorzunehmen, in dem Umfange, wie der Zuerstverstorbene dazu im Stande gewesen sein würde, als ein Vermächtnißvertrag anzusehen sei. Es ist aber auch dessen Ansicht zu billigen, daß Vermächtnißverträge rechtsverbindliche Kraft haben. Es ist allerdings die Gültigkeit derartiger Verträge bestritten worden, so namentlich von Beseler (Erbverträge II 1 S. 22 fg., 213 fg., II 2 S. 109 fg., vergl. auch Gerber, Deutsches Privatrecht § 257, Gengler, Deutsches Privatrecht § 198, 3 a. a.). Allein die gemeine Meinung hat sich für die Gültigkeit der Vermächtnißverträge ausgesprochen und ebenso ist dieselbe in der Praxis überwiegend angenommen worden. (Vergl. Stobbe, Deutsches Privatrecht Bd. 5 § 312 S. 298 fg. und die dort Angeführten.) Das R. G. tritt dieser letzteren Ansicht bei, weil die gegen die Zuläßigkeit des Vermächtnißvertrags geltend gemachten Gründe für zutreffend und zwingend nicht erachtet werden können. Der Vertrag kann jedenfalls in dem hier in Betracht kommenden Gebiete, der Provinz Hannover, formlos abgeschlossen werden, da hier Erbverträge überhaupt formlos abgeschlossen werden können. III. C. S. i. S. Schmidt c. Schmidt vom 9. Oktober 1888, Nr. 151/87 III.

V. Das Preußische Allgemeine Landrecht.

19. Das Allgemeine Landrecht definirt im Tit. III Thl. 1 § 1 den Begriff des Schadens als jede Verschlimmerung des Zustandes eines Menschen, in Ansehung seines Körpers, seiner Freiheit, oder Ehre oder Vermögens. Es unterscheidet — §§ 2 bis 4 ibid. — zwischen unmittelbarem, mittelbarem und zufälligem Schaden. Zum entgangenen Gewinn gehören — § 5 — Vortheile, die Jemand erlangt haben würde, wenn eine gewisse Handlung oder Unterlassung nicht vorgefallen wäre, jedoch mit der Beschränkung — § 6 —, daß nur solche Vortheile in Betracht kommen, welche nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge, nach den Geschäften des bürgerlichen Lebens oder vermöge gewisser schon getroffener Anstalten und Vorkehrungen zu erwarten sind. Hierauf folgt — § 7 — die Vorschrift, daß zur vollständigen Genugthuung der Ersatz des gesammten Schadens und des entgangenen Gewinns gehört. Hinsichtlich der Schadensersatzpflicht bei außerkontraktlichen Beschädigungen bestimmen die §§ 10 bis 12, daß derjenige, welcher einen Andern aus Vorsatz oder grobem Versehen beleidigt, vollständige Genugthuung zu leisten, wer den Andern aus mäßigem Versehen beleidigt, nur für den wirklichen Schaden zu haften hat. Hieran schließt sich der § 13, welcher lautet: Doch muß der Beschädiger

auch einen solchen entgangenen Gewinn ersetzen, den der Beschädigte durch den gewöhnlichen Gebrauch desjenigen, woran er gekränkt worden, erlangt haben würde, wenn die Kränkung nicht vorgefallen wäre. Und § 14 fügt hinzu, daß in einem solchen Falle der entgangene Gewinn vergütet werden muß, auch wenn der wirkliche Schade keiner Schätzung fähig ist. Wie schon das frühere R. O. H. G. (Entscheidungen Bd. III S. 12) zutreffend hervorgehoben hat, gebraucht das A. L. R. die Ausdrücke „Schaden" und „entgangener Gewinn" nicht unbedingt gleichmäßig in demselben Sinne. Dieser Umstand erklärt die Schwierigkeiten, welche bei der Auslegung der gedachten Gesetze entstanden sind. Mag man aber auch die Vorschriften in den §§ 13, 14 cit. als eine Erweiterung des Begriffes des wirklichen Schadens (Eccius, Preußisches Privatrecht 5. Auflage I S. 542a) oder als eine Modifikation des Begriffs des entgangenen Gewinns auffassen (Dernburg, Preußisches Privatrecht I § 121), jedenfalls lassen dieselben erkennen, daß der Gesetzgeber die Haftung für mäßiges Versehen nicht blos auf den Ersatz des Sachwerthes beschränken, sondern auch auf diejenige Vermögensminderung ausdehnen wollte, welche in Folge des gehinderten gewöhnlichen Gebrauchs einer Sache eintritt. Unter gewöhnlichem Gebrauch muß derjenige verstanden werden, welcher nach dem objektiven Lauf der Dinge, nicht nach subjektiven, nicht vorauszusehbaren Verhältnissen eingetreten wäre (Thl. I Tit. 6 § 6). Daß das Gesetz in diesem Sinne aufzufassen sei, dafür spricht die durch Bornemann (System, 2. Auflage Bd. II S. 179) mitgetheilte Bemerkung von Soarez bei der revisio monitorum, daß der im (jetzigen § 13) gemeinte Gewinn ein solcher sei, den der Beleidigte durch das, woran ihm die Kränkung widerfahren, hätte erlangen können, z. B. der Pächter durch Bewirthschaftung des ihm verpachteten Gutes. Mit Recht hat auch das frühere R. O. H. G. bei ähnlicher Auslegung des Gesetzes darauf hingewiesen, daß das Landrecht in den §§ 115 fg. Thl. I Tit. 6 bei Normirung der Grundsätze über den Schadensersatz im Falle einer Körperverletzung, durch welche der Beschädigte sein Amt oder Gewerbe in der bisherigen Art zu betreiben außer Stand gesetzt wird, in Anwendung des § 13 cit. den entgangenen Gewinn in beschränktem Maaße zubilligt, wenn auch nur mäßiges Verfahren vorliegt (Entscheidungen Bd. III S. 9 fg). Der Begriff des entgangenen Gewinns, wie er vom Gesetze in Betreff außerkontraktlicher Verletzungen normirt ist, gilt auch für das Vertragsrecht (A. L. R. Thl. I Tit. 5 § 287). Ebenso findet die Regel Anwendung, daß derjenige, welcher bei Abschließung oder Erfüllung des Vertrages seine Pflichten vorsätzlich, oder aus grobem Versehen verletzt, dem andern Kontrahenten für das ganze Interesse einstehen muß, während bei mäßigem oder geringem nur für den entstandenen wirklichen Schaden gehaftet wird (ibid. §§ 285 f.). Das Gesetz legt aber nicht (wie bei außerkontraktlichen Beschädigungen) im Falle der Zuwiderhandlung gegen einen Vertrag dem hierdurch Verletzten die Pflicht ob, behufs Begründung seines Schadensanspruchs den Grad des Versehens auf Seiten des andern Kontrahenten zu behaupten und zu beweisen. Das R. G. hat vielmehr in Uebereinstimmung mit der Judikatur des früheren Preußischen Ober-Tribunals (Entscheidungen Bd. 74 S. 153) und des früheren R. O. H. G. (Entscheidungen Bd. 14 S. 16; Bd. 15 S. 293) bereits ausgesprochen, daß der Nachweis der Vertragsverletzung die Klage auf das Erfüllungsinteresse begründet, und daß der andere Theil, um sich von dem Anspruche zu befreien, darthun muß, daß er trotz Anwendung der vertragsmäßigen Sorgfalt nicht habe erfüllen können (Gruchot, Beiträge Bd. 29 S. 887). V. C. S. i. S. Lenz c. Kemnitz vom 8. Oktober 1888, Nr. 186/88 V.

20. Der B. R. führt aus, daß dem erkennenden Gerichte eine Prüfung darüber nicht zustehe, ob die bezeichneten Dienste (Thätigkeit im Haushalt als Grund für eine belohnende Schenkung) an sich (objektiv) wichtig genug gewesen seien, um die versprochene Belohnung zu rechtfertigen, daß vielmehr hierüber lediglich die Ansicht des Schenkers entscheide. Diese Rechtsauffassung entspricht der Praxis des vormaligen Preußischen Ober-Tribunals (Entscheidungen desselben Bd. 83 S. 10 f.) sowie des R. G. (Entscheidungen desselben in Civilsachen Bd. 15 S. 226 f.), an welcher diesseits festgehalten wird. Nun wäre zwar denkbar, daß die angeblich remunerirten Dienste im Einzelfalle in so evidentem Mißverhältniß zu dem Betrage der Schenkung ständen, daß hierdurch der Schluß gerechtfertigt wäre, es sei darin das eigentliche Motiv der Schenkung nicht zu finden, vielmehr habe eine reine Schenkung durch solche Angabe nur verhüllt werden sollen (vergl. Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. II 3. Aufl. S. 487 Note 2; Entscheidungen des R. G. a. a. O. S. 230). IV. C. S. i. S. Boecker c. Homann vom 19. Oktober 1888, Nr. 156/88 IV.

21. Es ist allerdings streitig, ob die Wahl des Gläubigers schon durch seine bestimmte, dem Schuldner abgegebene Erklärung der Wahl oder erst durch die Annahme des Schuldners, also durch Vertrag, ferner ob sie durch bloße Erhebung der auf die eine Alternative gerichteten Klage ausgeübt und also dadurch unveränderlich wird. So viel ist aber in Theorie und Praxis nicht bestritten, daß diese Wirkung dadurch eintritt, daß der Schuldner sich ohne Widerspruch gegen die Wahl auf die Klage einläßt, namentlich aber dadurch, daß seine Verurtheilung zur Leistung des Gewählten rechtskräftig ausgesprochen wird. IV. C. S. i. S. Tersloh c. Tenbaum vom 11. Oktober 1888, Nr. 155/88 IV.

22. Es kann nicht zugegeben werden, daß es der Zustimmung des Pächters bedürfe zu dem Abkommen, welches bei einem theilweisen Verkaufe des Pachtobjektes Verkäufer und Käufer mit einander treffen über die Theilung des Pachtzinses, so lange der Pächter dadurch nicht in seinen Rechten gekränkt wird, d. h. so lange der Pachtzins nicht erhöht oder der Pachtgegenstand nicht verkleinert wird. Denn er behält sonst alle seine Rechte gegen seinen ursprünglichen Kontrahenten (vergl. Förster-Eccius 5. Aufl. I S. 643, Anm. 75 zu § 99). V. C. S. i. S. v. Stromberg c. v. Loen vom 13. Oktober 1888, Nr. 172/88 V.

23. Das B. G. hat angenommen, daß für die Anrechnung auf die ausgemittelten Alimente nach § 801, Thl. II Tit. 1 des Pr. A. L. R. nur solche Einkünfte der Frau in Betracht kämen, welche zur Zeit der Rechtskraft des Scheidungsurtheils aus eingebrachtem Vermögen bezogen seien, während spätere Veränderungen im Vermögen der Frau ohne Einfluß blieben, und daß vorliegend Kl. bei Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurtheils sich noch keineswegs im Genuß von Einkünften ihres Vatererbes befunden habe. Diese Erwägung erscheint auch

im wesentlichen rechtlich zutreffend. Die ihr zu Grunde liegende Auffassung des § 801 a. a. O. steht in Einklang mit der Rechtsprechung des vormaligen Pr. Obertribunals (vgl. Striethorst, Archiv Bd. 46 S. 327, Bd. 77 S. 225), wie des R. G. Das letztere hat in mehrfachen Entscheidungen — vgl. die Sachen Borchers wider Borchers IV. 205/86, Reuter wider Stolze IV. 133/87, (Entscheidungen Bd. 19 S. 311), Fink wider Fink IV. 23/87 — das, namentlich aus der Vorschrift des § 803 l. c. erkennbare, Prinzip des Gesetzes dahin festgestellt, daß die Verpflegungsgelder für die unschuldige Ehefrau nach dem thatsächlichen Einkommen beider Ehegatten zur Zeit der Scheidung festzusetzen sind, und die demgemäß einmal erfolgte Festsetzung endgiltig und unabänderlich sein soll. Aus diesem Prinzip der Stetigkeit folgt aber von selbst, daß bei der Festsetzung der Alimente ein der Ehefrau angefallenes Erbrecht, welches zur Zeit der Ehetrennung in Gestalt einkommensfähigen Vermögens noch nicht realisirt ist und nach Lage des Erbrechts noch nicht hat realisiet werden können, ganz außer Berücksichtigung bleiben muß, mochte auch der Rechtsgrund zu einer späteren Realisirung solcher Art schon gegeben sein, und daß die von dem Kl. begehrte Retrotrahirung der letzteren auf den Zeitpunkt der Ehescheidung unzulässig ist. Daß der Zeitpunkt der Rechtskraft, nicht der der Verkündung des Scheidungsurtheils vom O. L. G. für maßgebend erachtet ist, erscheint im gegenwärtigen Falle bedeutungslos. IV. C. S. i. S. Lindner c. Lindner vom 15. Oktober 1888, Nr. 162/88 IV.

24. Das Obertribunal hat in dem Präjudiz vom 7. Juni 1839 Nr. 687 (Sammlung Bd. I S. 157) ausgesprochen: Die für unschuldig erklärte Ehefrau verliert dadurch, daß sie in dem Ehescheidungsprozesse auf Verurtheilung des Mannes in die Abtretung einer Quote seines Vermögens angetragen hat und daß diesem Antrage entsprechend erkannt worden, noch nicht das Recht, statt dieser Abfindung standesmäßige Verpflegung zu fordern; sie kann diese Verpflegung demnächst noch fordern, und ihr nicht entgegengesetzt werden, daß ihr die Abfindung rechtskräftig zugesprochen ist. In der Begründung dieses Präjudizes wird davon ausgegangen, daß, wenn die unschuldig geschiedene Ehefrau einmal zwischen den beiden gesetzlichen Entschädigungsarten gewählt hat, sie von der Wahl nicht zurücktreten kann und daß das dem § 804 Thl. II Tit. 1 A. L. R. zu Grunde liegende Prinzip auch für den Fall gelten muß, wenn die Abfindung gewählt ist. Aber es wird angenommen, daß die Frau mit dem Antrage ihrer Klage: daß der Bekl. gehalten sein solle, ihr den vierten Theil seines Vermögens als Ehescheidungsstrafe herauszugeben, die Wahl nicht getroffen hat. Dabei wird erwogen, daß die Entschädigung der unschuldigen Ehefrau zunächst und hauptsächlich in einer Quote des Vermögens besteht, und daß als vorbereitende Maßregel für die demnächst zu bewirkende Auseinandersetzung daher nach § 51 Tit. 40 und § 293 des Anhangs zu Thl. I der Preußischen Allgemeinen Gerichtsordnung schon in dem Ehescheidungsprozesse selbst das Erforderliche wegen der gesetzlichen Strafen des schuldigen Theils festgesetzt werden muß. Dadurch werde, — so wird weiter ausgeführt, — nur das Prinzip ausgesprochen, nach welchem die künftige Auseinandersetzung zu bewirken ist und hieraus folge, daß der Antrag der klagenden Ehefrau, insoweit er auf die Abfindungsquote gerichtet ist, nur den Zweck haben kann, dadurch die Verpflichtung des Ehemannes als schuldigen Theil und das Maß dieser Verpflichtung überhaupt auszusprechen. — Es wird darauf hingewiesen, daß in § 798 Thl. II Tit. 1 A. L. R. die Abfindung, an deren Stelle die Frau die Verpflegung fordern kann, bezeichnet wird als die Abfindung, welche dem unschuldigen Theil „aus Verträgen oder Gesetzen" zukommt. Dieses auf Verträgen oder Gesetzen beruhende Recht auf Abfindung könne diese Natur nicht dadurch verlieren, daß es durch Erkenntniß festgestellt werde. Die Wahl zwischen dieser vertragsmäßig oder gesetzlich der Frau zustehenden Abfindung einerseits und der Verpflegung andrerseits werde dadurch, daß bereits auf Abfindung erkannt worden, nicht ausgeschlossen. Weil das Ehescheidungserkenntniß nur den Zweck habe, das Prinzip für die Entschädigung des unschuldigen Ehegatten festzustellen, könne dasselbe über diesen Zweck hinaus nicht ausgedehnt werden und bilde in keiner Weise den Gegensatz zwischen der Abfindungsquote und den an deren Stelle nachgelassenen Verpflegungsgeldern. Diese Ausführung ist überzeugend. Denn darin, daß die Frau beantragt, die ihr schon von Amtswegen zuzusprechende Quote festzusetzen, liegt nicht die Erklärung, daß sie gerade diese Quote und nicht die Verpflegung wähle, sondern nur das Verlangen, die dem Bekl. nach §§ 784 ff. Thl. II Tit. 1 A. L. R. an erster Stelle obliegende Pflicht zur Herausgabe einer Quote auf Grund der Verträge oder in Ermangelung derselben auf Grund des Gesetzes festzustellen. Statt dieser auf Grund der Verträge oder Gesetze vom Richter festgestellten Abfindung kann sie nach § 798 standesmäßige Verpflegung fordern, dieser Paragraph umfaßt die richterlich festgestellte Abfindung ganz ebenso, wie eine nicht festgestellte, sofern ihr nicht auf Grund ihrer Erklärung im Prozeß die Abfindung mit Ausschluß der Verpflegungsansprüche zugesprochen ist, mit andern Worten, ihr erhobener Anspruch auf Verpflegung nicht ausdrücklich abgewiesen ist. Noch wird in den Gründen des Präjudizes darauf hingewiesen, daß die Vermögensauseinandersetzung erst später erfolgt und erst durch diese die Sache in die Lage gebracht wird, daß die Ehefrau sich mit Erfolg darüber entscheiden kann, ob ihrem Vortheile und ihrem Rechte die Abfindung oder die Wahl der Verpflegungsgelder entsprechend ist, und daß das Gesetz nicht so verstanden werden könne, daß gleichwohl die Ehefrau sich für das eine oder das andere entscheiden solle, bevor sie noch zu beurtheilen im Stande ist, welche von ihren Befugnissen ihren Zwecken am besten entspricht. In dieser letztern Ausführung ist wenigstens das als richtig anzuerkennen, daß es mangels besonderer dahin zielender Anträge der Frau, aus welchen ihre Erklärung, das Wahlrecht auszuüben, zu entnehmen ist, nicht Aufgabe des Ehescheidungsprozesses, sondern des Auseinandersetzungsverfahrens ist, zu entscheiden, ob der Frau die Quote oder die Verpflegung zuzusprechen ist. Ein solches Wahlrecht hat sie, wie in § 804 zum Ausdruck gebracht ist, stets ausgeübt, wenn sie im Ehescheidungsprozeß Verpflegungsgelder fordert und es weist der Umstand, daß nur für diesen Fall ganz konsequenter Weise bestimmt ist, daß die Frau nicht von dieser Wahl wieder abgehen und die Abfindung fordern kann, darauf hin, daß der Gesetzgeber, indem er für den umgekehrten Fall solche Disposition nicht getroffen hat, von dem Standpunkt des Präjudizes ausgegangen ist, daß in der Einklagung der Abfindungsquote die Ausübung des Wahlrechts nicht liegt. Dem Präjudiz ist auch

bereits der IV. C. S. des R. G. in dem Urtheile vom 17. Oktober 1887 in Sachen Reuter wider Reuter (IV. 33/87) beigetreten. Der Gesetzrevisor (v. Rönne, Ergänzungen zu A. L. R. Thl. II Tit. 1 § 798) theilt die Entstehungsgeschichte des § 804, nach welchem die Frau von der Wahl der Alimente nicht abgehen und die Abfindung fordern kann, dahin mit, daß die Frage über das jus variandi erst im Monent aufgeworfen, sie jedoch blos einseitig dahin gestellt habe, ob, wenn einmal Alimente statt der Quote gewährt wären, nicht wieder auf die Quote zurückgegangen werden könne. Der Monent habe dies für unbillig gegen die Frau erklärt. Darauf sei durch v. Groimann und Suarez erwidert worden, daß, wenn die Frau einmal gewählt habe, sie bei der Wahl bleiben müsse. Der Revisor bemerkt hierzu: „Das responsum lautet zwar allgemein, indessen kann es doch nicht weiter ausgedehnt werden, als die Frage; auch hat der daraus hervorgegangene § 804 wirklich nur den einen Fall entschieden, ob die Frau von den einmal gewählten Alimenten auf die Quote zurückgehen kann, nicht aber den umgekehrten, ob sie noch Alimente fordern kann, wenn sie einmal die Quote gewählt hat.“ IV. C. S. i. S. Tersloh c. Tenbaum vom 11. Oktober 1888, Nr. 185/88 IV.

VI. Sonstige Preußische Landesgesetze.

Zu den Grundbuchgesetzen.

25. Der B. R. geht davon aus, daß die geschorene Wolle zu den Früchten des Gutes gehörte, und daß sie durch die Fortschaffung von dem Gute dem Pfandrecht der Realgläubiger entzogen wurde. Die Behauptung der Bekl., daß die Wolle von dem früheren Eigenthümer des Gutes theilweise an sie verkauft sei, und die Einrede des Kl., daß die Zwangsvollstreckung ungültig sei, also die Zustimmung des Eigenthümers zu der Fortschaffung nicht ersetzen könne, läßt der B. R. unberücksichtigt, weil der Akt der Wegschaffung allein die von ihm angenommene Rechtswirkung habe. Dem B. R. ist darin beizustimmen, daß die von der Gutsheerde geschorene Wolle nach dem A. L. R. Thl. I Tit. 9 § 220 zu den Früchten des Landguts gehört. Früchte können zwar auch die Eigenschaft von Zubehör besitzen — A. L. R. Thl. I Tit. 2 § 49 —; dieser Fall wird hier jedoch durch die thatsächliche Feststellung des B. R. ausgeschlossen, daß die Wolle zu der üblichen Zeit geschoren ist, und daß sie zur Fortsetzung der Wirthschaft bis zur nächsten Ernte nicht erforderlich war. Gehörte die Wolle aber zu den Früchten des Gutes, so kommen die Vorschriften des materiellen Rechts darüber, inwieweit abgesonderte Früchte dem Pfandrecht des Gläubigers unterliegen, zur Anwendung. Von einer Erörterung der Grundsätze des früheren Rechts kann hier abgesehen werden. Die jetzt maßgebende Bestimmung enthält der § 30 Abs. 4 des E. E. G. vom 5. Mai 1872, welcher lautet: Für das eingetragene Kapital — haften — die auf dem Grundstück noch vorhandenen abgesonderten, dem Eigenthümer gehörigen Früchte. Nach dem Wortlaut dieses Gesetzes ist die Haftung der Früchte für das Kapital von der Bedingung abhängig, daß sie nach der Absonderung „noch vorhanden“, d. h. daß sie im Augenblick der Geltendmachung des Pfandrechts von dem verpfändeten Grundstück nicht räumlich getrennt sind. Die Fassung des Gesetzes ist eine so weite, daß sie sich auf jede Wegschaffung bezieht. Einen Unterschied, ob die Wegschaffung mit oder ohne Willen des Schuldners erfolgt, ob sie in Folge einer Verpflichtung des Schuldners, insbesondere einer Disposition desselben über das Eigenthum an den Früchten geschieht, oder ob sie nur thatsächlich eingetreten ist, hat der Gesetzgeber nicht gemacht. Es genügt, um die Pfandhaftung der Früchte auszuschließen, daß sie auf dem Pfandgrundstück nicht mehr vorhanden sind. Der Richter darf also auch nur diesen Thatbestand für die Anwendung des Gesetzes erfordern. Daß die Fassung bei den Berathungen des Gesetzes mit voller Absicht gewählt, und daß man sich der Folgen, welche dadurch für den Rechtszustand eintreten, bewußt gewesen ist, läßt sich um so weniger bezweifeln, als im § 30 Abs. 7 hinsichtlich des beweglichen Zubehörs bestimmt wird, das Pfandrecht an der Sache ergreife dasselbe, bis es veräußert und von dem Grundstück räumlich getrennt wird. Hätte der Gesetzgeber auch für die Früchte außer der räumlichen Trennung eine Disposition des Schuldners vorschreiben wollen, so würde sicher im Abs. 4 dieselbe Fassung, wie im Abs. 7 gewählt sein. Die Rechtskunde hat denn auch, gestützt auf den klaren Wortlaut und auf die Geschichte des Gesetzes mit seltener Uebereinstimmung als Grundsatz des preußischen Rechts aufgestellt: Die abgesonderten Früchte werden vom Hypothekenrecht frei, wenn sie zur Zeit der Exekutionsvollstreckung von dem Grundstück entfernt worden sind, sollte auch diese Entfernung mit einer Verfügung des Eigenthümers über die Früchte nicht verbunden sein. Das R. G. hat sich dieser Ansicht angeschlossen. Daraus folgt, daß der B. R. zutreffend das von dem Kl. beanspruchte Pfandrecht an der Wolle verneint hat, weil dieselbe zur Zeit der Realisirung des Pfandrechts auf dem Gute nicht mehr vorhanden war, und daß es nicht darauf ankommt, ob der frühere Eigenthümer sie den Bekl. verkauft hatte, oder ob die Wegschaffung durch den Gerichtsvollzieher sich als Akt einer rechtsgültigen Zwangsvollstreckung darstellt. V. C. S. i. S. u. Plucinski c. Gromse und Gen. vom 20. Oktober 1888, Nr. 179/88 V.

Zum Enteignungsgesetz.

26. Das B. G. trifft keine Feststellung darüber, ob die Kl. ein privates Recht auf die Benutzung des alten Treckfahrtskanals gehabt haben. Bei der Beurtheilung der Sache ist daher auch in dieser Instanz davon auszugehen, daß ein solches Recht der Kl. nicht bestanden, daß es sich vielmehr für die Kl. nur um einen rein thatsächlichen Vortheil gehandelt hat, welcher ihnen durch die Benutzung der zwar im Eigenthum des Staats stehenden, aber doch für den allgemeinen Verkehr bestimmten öffentlichen Wasserstraße erwuchs. Diesen Vortheil haben die Kl. durch die Enteignung eines Theils ihres Grundbesitzes verloren; die Bewirthschaftung ihres Platzes ist dadurch erschwert worden. Das B. G. hat angenommen, daß der Bekl. verpflichtet ist, den Kl. für den Verlust dieses Vortheils bezw. für die wirthschaftlichen Nachtheile Entschädigung zu gewähren, welche den Kl. durch den in Folge der Abtretung eines Theils ihres Grundbesitzes eingetretenen Verlust des Wasserwegs entstanden sind. Diese Entscheidung war zu billigen. Man kann dem Rkl. zugeben, daß der Staat als Eigenthümer des Kanals in der Lage gewesen wäre, den Kanal zu verlegen oder denselben als öffentliche Wasserstraße einzuziehen, ohne daß daraus für den Staat eine Verpflichtung entsprungen wäre, diejenigen zu entschädigen, welchen die Benutzung des Kanals bisher zum Vortheil gereichte. Allein um etwas derartiges handelt es sich

hier nicht. Der Kanal bestand als öffentliche Wasserstraße und ist auch heute noch eine solche. Die Möglichkeit, daß der Staat eine einmal bestehende öffentliche Wasserstraße wieder einziehen oder dem öffentlichen Verkehr entziehen werde, ist eine so entfernte, daß sie füglich bei der Werthschätzung des Grundbesitzes der Kl. außer Acht gelassen werden kann. Hätten daher die Kl. ihren ganzen Grundbesitz abtreten müssen, so würde zum vollen Werthe desselben im Sinne des § 8 des Enteignungsgesetzes vom 11. Juni 1874 zweifellos auch der Vortheil mitberücksichtigt werden müssen, welcher durch die Lage desselben am Kanal und die daraus entspringende Erleichterung der Bewirthschaftung gegeben war. Nun ist zwar den Kl. nur ein Theil ihres Grundbesitzes enteignet, aber gerade derjenige, durch dessen Besitz den Kl. die fortdauernde Ausnutzung des Wasserweges nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge gewährleistet war. Es findet daher hier der § 8 Abs. 2 des Gesetzes vom 11. Juni 1874 Anwendung, nach welchem die Entschädigung zugleich den Mehrwerth, welchen der abzutretende Theil durch seinen örtlichen oder wirthschaftlichen Zusammenhang mit dem Ganzen hat, sowie den Minderwerth umfaßt, welcher für den übrigen Grundbesitz durch die Abtretung entsteht. An dieser Beurtheilung wird auch dadurch nichts geändert, daß hier als Expropriant der Staat, also eben derjenige auftritt, welcher nach dem oben Bemerkten durch Einziehung oder Verlegung des Kanals den Kl. den bisherigen Vortheil hätte entziehen können. Denn die bloße Möglichkeit, daß den Kl. der Vortheil auch auf anderem Wege, z. B. durch eine Verlegung des Kanals, welche eine Enteignung eines Theils des klägerischen Grundbesitzes nicht erheischt hätte, hätte entzogen werden können, kann nicht in Betracht kommen (vergl. Entscheidungen des R. G. Bd. 13 S. 244). Entscheidend ist, daß der Verlust des Wasserweges eine Folge der Enteignung ist und daß ohne die Enteignung der Zustand, wie er jetzt besteht, nicht geschaffen werden konnte. III. C. S. i. S. Fiskus c. Bode vom 12. Oktober 1888, Nr. 141/88 III.

Zu den Zuständigkeitsgesetzen.

27. Beide Vorderrichter halten, in Anwendung des § 66 Abs. 3 des Zuständigkeitsgesetzes vom 1. August 1883, den ordentlichen Rechtsweg für ausgeschlossen und die Voraussetzungen des Verwaltungsstreitverfahrens für gegeben. Hierin ist eine Gesetzesverletzung nicht zu finden. Nach dem § 10 des Vorfluthgesetzes vom 15. November 1811 hat bloß die Polizeibehörde zu bestimmen, wann und wie der zur Unterhaltung eines Grabens oder Wasserabzugs Verpflichtete die Auskrautung oder Räumung zu bewirken hat; und der § 7 des Gesetzes über die Benutzung der Privatflüsse vom 28. Februar 1843 ermächtigt die Polizeibehörde, denjenigen, welchem die Räumung eines Flusses obliegt, dazu anzuhalten, sowie, falls über diese Verpflichtung Streit unter den Betheiligten entsteht, anzuordnen, von wem die Räumung einstweilen, unter Vorbehalt richterlicher Entscheidung, zu bewirken ist. In den Abs. 1, 2, 4, 5 des § 66 des Zuständigkeitsgesetzes vom 1. August 1883 wird nun bestimmt, welche Rechtsmittel gegen die von der Wasserpolizeibehörde in Ausführung der ihr durch die vorbezeichneten Gesetze beigelegten Befugnisse getroffenen Anordnungen zustehen, welches Verfahren dabei einzuhalten ist und welche Behörden zu entscheiden haben. Insbesondere wird gegen den auf Einspruch ergehenden Beschluß der Wasserpolizeibehörde die Klage im Verwaltungsstreitverfahren gegeben. Damit ist die im § 7 des Gesetzes vom 28. Februar 1843 vorbehaltene richterliche Entscheidung über die Verpflichtung zur Räumung beseitigt. Nachdem in den Abs. 1 und 2 des § 66 a. a. O. Bestimmungen für die Fälle getroffen sind, in welchen eine Anordnung der Wasserpolizeibehörde ergangen ist, fährt der § 66 im Abs. 3 fort: „Auch im Uebrigen unterliegen Streitigkeiten der Betheiligten darüber, wem von ihnen die öffentlich rechtliche Verbindlichkeit zur Räumung von Gräben und sonstigen Wasserläufen obliegt, der Entscheidung im Verwaltungsstreitverfahren.“ Hier wird vorausgesetzt ein Streit über die Räumungspflicht lediglich unter den Betheiligten, während in den Fällen des § 66 Abs. 1 und 2 der Streit zwischen dem Inanspruchgenommenen und der Wasserpolizeibehörde bezw. der Wasserpolizeibehörde und einem anderen Verpflichteten besteht; und zwar ein Streit ausschließlich über die Frage, wer der zur Räumung Verpflichtete nach öffentlichem Recht ist, nicht über die Frage, wann und wie die Räumung bewirkt werden soll, deren Entscheidung ausschließlich der Wasserpolizeibehörde, als der zur Wahrung des öffentlichen Interesses in Wasserangelegenheiten allein berufenen Behörde, verbleibt (vergl. Vorfluthgesetz vom 15. November 1811 § 10; Gesetz vom 28. Februar 1843 § 7) und dann eventuell das Verfahren nach § 66 Abs. 1 und 2 des Zuständigkeitsgesetzes nach sich zieht. Der Kl. erstrebt mit seinem Klagenantrage, daß die Räumung des Braheflusses durch den Bekl. als den dazu Verpflichteten bewirkt werde. Um hierüber eine Entscheidung zu erlangen, bedurfte es, da nicht das Wann und Wie der Räumung in Frage steht, sondern nur die Person des Verpflichteten bestimmt werden soll, nicht nothwendig des vorherigen Anrufens der Wasserpolizeibehörde, vielmehr konnte sogleich mit der Klage vorgegangen werden. Die Parteien streiten darüber, ob die Klage im ordentlichen Rechtswege erhoben werden durfte, oder ob dies nur im Verwaltungsstreitverfahren zulässig war. Sind die Voraussetzungen des Abs. 3 des § 66 des Zuständigkeitsgesetzes vorhanden, so ist die letztere Alternative zu bejahen, da durch diese Vorschrift die im § 7 Abs. 2 des Gesetzes vom 28. Februar 1843 den ordentlichen Gerichten vorbehaltene Entscheidung des Streits über die Verpflichtung zur Räumung den Verwaltungsgerichten zugewiesen und damit der ordentliche Rechtsweg verschlossen ist. Es muß daher untersucht werden, ob jene Voraussetzungen bei dem Anspruche des Kl. bezw. bei der Verbindlichkeit des Bekl. zutreffen. Daß der Kl. den Bekl. auf Grund einer öffentlich-rechtlichen Verbindlichkeit zur Räumung für verpflichtet erklärt wissen will, kann keinem Zweifel unterliegen. Der Kl. verlangt ausdrücklich im Klageantrage, daß der Bekl. für räumungspflichtig erklärt werde, nach Maßgabe seines Ufers, resp. Eigenthumsbesitzes im Umfange des § 7 des Gesetzes vom 28. Februar 1843. Der Kl. fordert nichts als den Ausspruch, daß diese Pflicht dem Bekl. obliege. Er leitet dieselbe lediglich aus dem Ufer- und Flußbettsbesitz des Bekl., nicht aus einem besonderen privatrechtlichen Titel her. Auch knüpft er daran nicht einen privatrechtlichen insbesondere einen vermögensrechtlichen Anspruch wider den Bekl., wenn er auch vielleicht die Absicht haben mag, später einen solchen aus der seinem Antrage entsprechenden Entscheidung zu folgern. Die Verpflichtung des Uferbesitzers zur Räumung nach Maßgabe des § 7 des Gesetzes vom 28. Februar 1843 gehört aber, wie das R. G. (vergl. Urtheil vom 26. März 1887, Gruchot's Beiträge Bd. 31 S. 1024 ff.) bereits ausgesprochen hat, nicht dem Privatrecht an, sondern ist lediglich aus öffentlich-rechtlichen Gründen angeordnet; und die Verpflichtung des Eigenthümers des Flußbetts zur Räumung beruht auf dem allgemeinen Grundsatze, daß den Eigenthümer die öffentlich-rechtliche Verpflichtung trifft, sein Eigenthum in einem durch die öffentlichen Interessen erforderlichen Zustande zu erhalten (vergl. Urtheil des Preußischen Oberverwaltungsgerichts vom 24. Juni 1886, Entscheidungen Bd. 13 S. 323 ff.; vergl. auch Entscheidungen jenes Gerichtshofs Bd. 7 S. 348, Bd. 9 S. 257). Wenn der Kl. meint, der Umstand, daß er durch die Nichterfüllung der dem Bekl. angesonnenen Verpflichtung in seinen Rechten verletzt werde, eröffne ihm den Rechtsweg, so übersieht er, daß im § 10 des Vorfluthgesetzes vom 15. November 1811 gerade dieser Umstand zur Voraussetzung des Einschreitens der Polizeibehörde mit den Worten gemacht wird: „sobald aus der Vernachlässigung derselben — d. h. der Räumung — oder aus Mangel an der erforderlichen Tiefe Nachtheil für die Besitzer anderer Grundstücke oder nutzbarer Anlagen u. s. w. entsteht.“ Es fragt sich ferner, ob ein Streit unter den Betheiligten vorliegt darüber, wer von ihnen der Verpflichtete ist. Der Kl. will den Kreis der Betheiligten so eng begrenzt wissen, daß nur diejenigen als Betheiligte gelten sollen, welche darüber streiten, wem von ihnen die von der Wasserpolizeibehörde angesonnene Räumungspflicht obliegt.

Das B. G. hält dagegen, mit dem Bekl., für einen Betheiligten einen jeden, der an der Räumung ein Interesse hat und von einem Anderen die Räumung bezw. die Anerkennung seiner Verpflichtung dazu verlangt. Die letztere Ansicht entspricht allein dem Gesetze. Die Auffassung des Kl. scheitert schon daran, daß sie eine Entscheidung der Wasserpolizeibehörde über die Personen der Räumungspflichtigen voraussetzt, daß aber der § 66 Abs. 3 gerade diejenigen Fälle im Auge hat, in welchen es an einer solchen Entscheidung fehlt, und daß, wenn eine Entscheidung von der Wasserpolizeibehörde getroffen ist, nach der ausdrücklichen Bestimmung der Abs. 1 und 2 des § 66 die ausschließliche Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte die unausweichliche Folge ist. Daß auch bei Abfassung des § 66 nicht die vom Kl. vertretene Ansicht maßgebend gewesen ist, daß man vielmehr beabsichtigt hat, die Entscheidung der streitigen Rechtsfrage der öffentlich-rechtlichen Verpflichtung in allen Fällen in *eine* Hand zu legen, um entgegengesetzte Entscheidungen des Verwaltungsrichters und des ordentlichen Richters zu vermeiden, ergiebt sich aus den Materialien. Unter Nr. IV der allgemeinen Begründung des Entwurfs eines Gesetzes über die Zuständigkeit der Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbehörden (Anlagen zu den Stenographischen Berichten über die Verhandlungen des Hauses der Abgeordneten 1882/83 Bd. 1 S. 211), auf welche bei der speziellen Begründung des § 67 (§ 66 des Gesetzes) verwiesen ist (das. S. 226), wird bemerkt: „Wenn nämlich auf den bezeichneten Gebieten ein einheitliches Verfahren erreicht und widersprechende gerichtliche Entscheidungen vermieden werden sollen, erscheint es erforderlich, nicht allein die Beschwerden — — — der in Anspruch Genommenen gegen die in Anspruch nehmende Behörde der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu überweisen und damit vom ordentlichen Rechtswege auszuschließen, sondern auch die Streitigkeiten der Betheiligten untereinander. Ob diese Streitigkeiten, da in denselben dem öffentlich-rechtlichen Elemente ein privatrechtliches hinzuzutreten pflegt (Geschäftsführung, nützliche Verwendung, nothwendige Cession) als privatrechtliche, als „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten" zu bezeichnen sind, kann auf sich beruhen; ihre Ueberweisung an die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist, abgesehen von den offenliegenden praktischen Erwägungen, dadurch gerechtfertigt, daß sie der Hauptsache nach das objektive öffentliche Recht berühren und daß die Landesgesetzgebung nach § 13 des Deutschen G. V. G. jedenfalls volle Freiheit hat, sie der Verwaltungsgerichtsbarkeit zur Entscheidung zu übertragen." — Bezüglich der streitigen Grabenräumungssachen wird hierbei auf die Begründung zum Zuständigkeitsgesetzentwurf vom 27. Oktober 1880 sub IV (Drucksachen des Abgeordnetenhauses Nr. 8 S. 45 ff.) verwiesen, in dessen § 56 im Wesentlichen die gleichen Bestimmungen vorgeschlagen waren, welche sich im § 66 des Zuständigkeitsgesetzes vom 1. August 1883 finden. Dort (S. 51) heißt es: „In dem Streite über die Verpflichtung zur Räumung von Gräben und Wasserläufen (§ 98 des Zuständigkeitsgesetzes — vom 26. Juli 1876 —) findet nach der Entscheidung des Verwaltungsrichters regelmäßig der ordentliche Rechtsweg statt, und damit die Möglichkeit direkt entgegengesetzter Entscheidungen über dieselbe Streitfrage. Soll hier ein zwiefaches Rechtsverfahren über denselben Gegenstand vermieden werden, so wird die Vorentscheidung einerseits den Beschlußbehörden übertragen werden müssen, die Entscheidung der streitigen Rechtsfrage andererseits endgültig entweder den Verwaltungs- oder den ordentlichen Gerichten. Bei dieser Wahl kommt nun aber in Betracht, daß die Frage über die Verpflichtung von der Frage über das Wann und Wie der Räumung schwer zu trennen ist, welche letztere dem ordentlichen Richter entzogen ist und der Natur der Sache nach den Civilgerichten nicht wohl übertragen werden kann. Eine befriedigende Lösung wird daher nur zu finden sein, wenn die Gesammtentscheidung ungetheilt und endgültig den Verwaltungsgerichten überlassen wird, in derselben Weise, wie bei den Wegeangelegenheiten, mit welchem das Verhältniß auch im Uebrigen zahlreiche Analogien darbietet." Und unter B (Seite 50) wird bezüglich der Wegebausachen bemerkt: „Der Streit unter zwei Privatinteressenten beruht in der Regel auf denselben Verwaltungsrechtsnormen und ist nach denselben Grundsätzen zu entscheiden, wie der Rechtsstreit zwischen dem Gemeindeverbande und dem Einzelnen. Ueber Rechtsgrund und Maß der Verpflichtung ist folgerichtig von derselben Stelle zu entscheiden, wie denn auch die Besetzung und das Verfahren der Behörden für beide Fälle des Streits gleiche Garantien darbieten. Es sind in Fällen der ersteren Art nur verschiedene Privatinteressen, die sich bei Ausführung der Wegerechtsnormen gegenüberstehen, nicht aber selbstständige Privatrechte. Sollen daher widersprechende Entscheidungen verhütet werden, so wird die Frage, von wem die Wegebaulast zu tragen, ungetheilt und endgültig von den Verwaltungsgerichten zu entscheiden sein." Der Kl. legt Gewicht darauf, daß Streit unter den Betheiligten darüber bestehen müsse, *wer von ihnen* der Verpflichtete sei und rügt, daß dies vorliegend nicht zutreffe, da der Bekl. den Kl. nicht als Verpflichteten in Anspruch genommen oder bezeichnet habe. Auch dieser Vorwurf ist nicht berechtigt. Wer beansprucht, daß einem Anderen eine Verpflichtung auferlegt werde, sagt damit, auch wenn er dies nicht besonders zum Ausdruck bringt, zugleich, daß er nicht der Verpflichtete sein will. Die Zuständigkeit kann aber auch, wenn sie, wie hier, sich lediglich nach dem Gegenstande des Anspruchs regelt, nicht von dem Willen der Parteien, von der Erklärung des Kl., er hatte sich nicht für den Verpflichteten, oder von der, sei es mit oder ohne Erhebung der Widerklage, ausgesprochenen Meinung des Bekl., nicht er sondern der Kl. sei der Verpflichtete, abhängig sein. V. C. S. i. S. Meibauer c. Fiskus vom 20. Oktober 1888, Nr. 180/88 V.

VII. Das Französische Recht (Badische Landrecht).

28. Daß das B. G. auf den „Uebergabs- und Leibgedingsvertrag" vom 6. Juli 1869, obwohl er neben den dem Bekl. als Uebernehmer auferlegten Leibgedingsleistungen, Nutzungs- und Wohnungsrechten die Bestimmung eines Uebergabspreises von 9000 Fl. enthält, den Landrechtssatz 918 für anwendbar erklärt hat, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Die angeführte Gesetzesvorschrift macht in dieser Beziehung keine Unterscheidung, ihr Grund findet bei der Aufnahme eines bestimmten Geldbetrages unter den dem Uebernehmer auferlegten Leistungen nicht minder Anwendung, auch kommt in Betracht, daß bei Ausschließung solcher Verträge von der zum Schutze des Pflichttheilrechts gegebenen Bestimmung des Landrechtssatzes 918 das Gesetz durch Einstellung unbedeutender Geldleistungen in die Uebergabsverträge leicht umgangen werden könnte. Richtig ist ferner, daß der auf Grund des Landrechtssatzes 918 erhobenen Minderungsklage die von den Miterben des Bekl. in gerader Linie zu dem Akt vom 6. Juli 1869 ertheilte Einwilligung entgegenstünde und es ist unbestritten, daß in dem genannten Rechtsakte ein für die damals minderjährigen Kinder der Erblasserin aus zweiter Ehe, insbesondere auch für Pauline und Franziska Z. gerichtlich aufgestellter Pfleger die Erklärung abgegeben hat: „Ich genehmige diesen Kindskauf und nehme Namens meiner Pflegebefohlenen das für sie ausbedungene Wohnungsrecht dankbar an." II. C. S. i. S. Schweizer c. Schwörer vom 19. Oktober 1888, Nr. 178/88 II.

29. Ungeachtet das badische Recht ausdrückliche Bestimmungen nicht enthält, ist in Doktrin und Praxis die Zuläßigkeit der Aufstellung eines Pflegers (tutor ad hoc) zur Vertretung Minderjähriger, auch wenn deren beide Eltern leben und die elterliche Gewalt ausüben, im Falle entgegengesetzter rechtlicher Interessen anerkannt und lassen sich hierfür Argumente aus den Landrechtssätzen 318, 420b, 838 wie aus der Natur der in Frage stehenden Verhältnisse entnehmen. Das B. G. findet nun eine solche Interessenkollision darin, daß das Interesse der Minderjährigen die Annahme der ihnen im erwähnten Uebergabsvertrage zwischen der Ehefrau des Z. und dem Bekl. schenkungsweise zugewendeten Vortheile erheischt habe, während Z. der Uebergeberin die ehemännliche Ermächtigung verweigert, sich mit der Uebergabe nicht einverstanden gezeigt und seine Mitwirkung versagt habe. Weiter erwägt das B. G., daß auch dann, wenn

sich Z. mit Rücksicht auf die ihm selbst zugewendeten Vortheile nachträglich zur Mitwirkung herbeigelassen hätte, sich widerstreitende Interessen ergeben haben würden, da das Interesse der Kinder verlangen konnte, daß ihrerseits in das Uebergabsgeschäft nicht eingewilligt werde. Hierbei geht das B. G. von einem dem Gesetze nicht entsprechenden zu weiten Begriff der Interessenkollision aus, welcher dazu führen würde, die Ausübung der väterlichen Verwaltungsbefugniß (Landrechtssatz 389) in unzulässiger Weise zu beschränken. Die Aufstellung eines tutor ad hoc zur Vertretung von Minderjährigen setzt entgegengesetzte Interessen der letzteren und ihres Vaters voraus, nicht bloß gesonderte Interessen der Genannten bei einem gemeinschaftlich vorzunehmenden Akte. Wird im Anschluß an den vorliegenden Fall näher begründet. II. C. S. i. S. Schweizer c. Schwörer vom 19. Oktober 1888, Nr. 178/88 II. M.

Ich suche einen tüchtigen, zuverlässigen und der polnischen Sprache vollständig mächtigen Sekretär für das Notariat.

Gradzielewski, Notar.
Schrimm (Posen).

Ich suche zum 1. Januar einen tüchtigen **Büreauvorsteher.** Offerten mit Zeugnissen und Angabe der Gehaltsansprüche einzusenden an

Bischoff,
Justizrath in Neiße.

Einen **erfahrenen Büreauvorsteher** mit guten Zeugnissen sucht zum baldigen Antritt.

Spandau, den 10. November 1888.

Der Justizrath und Notar
Andriessen.

Anwaltsbuchhalter,

35 Jahre alt, vertraut mit dem Kostenwesen und allen schriftlichen Arbeiten der sog. kleinen Advokatur, selbstständig, zuverlässig arbeitend, sucht anderweitig Stellung in Bayern, womöglich im Gebiete des preuß. Landrechts. Eintritt nach stattgehabter 1 monatl. Kündigung. Ansprüche bescheiden. Gefällige Anfragen beantwortet die Exped. der „Juristischen Wochenschrift“ sub **M. O. 93.**

Ein junger **Büreauvorsteher,** militärfrei, früher beim Amtsgericht u. b. Ger. Vollz. beschäftigt, sucht, gestützt auf gute Zeugnisse, zum 1. Jan. 1889 bei einem Berliner Rechtsanwalt Stellung. Gefl. Off. unter **A. S.** an die Expedition der „Juristischen Wochenschrift“.

Ein **Gerichtsassessor** wünscht sich mit ält. Anwalt zu assoziiren; womöglich in Berlin oder größerer Stadt. Off. unter **X. Y. Z.** postlagernd Berlin W., Postamt Kronenstr. 41.

Ein befähigter, zuverl. **Büreauvorsteher,** tüchtige selbstst. Arbeitskraft, Concipient selbst in schwierigeren Fällen mit Kostenwesen völlig vertraut, sucht anderw. entspr. Stelle.

Gefällige Offerten unter **D. D. 755** an Haasenstein & Vogler, Berlin SW.

In unserem Verlage ist erschienen und durch alle Buchhandlungen zu beziehen:

Das preußische Königthum

und

Kaiser Wilhelm I.

Eine historisch-politische Studie

von **Dr. Hermann Klee.**

Preis 3 ℳ, elegant gebunden 4,50 ℳ

Das Buch ist durch jede Sortimentsbuchhandlung sowie durch die Verlagsbuchhandlung zu beziehen und wird gegen Einsendung des Betrages von letzterer direct franco per Post übersandt.

Berlin S. **W. Moeser Hofbuchhandlung.**
Stallschreiberstr. 34. 35.

Rechtsanwalts-Büreauvorsteher,

32 Jahr alt, selbstständiger Ard., früher in Berlin, jetzt außerhalb thätig, wünscht anderw. Stellung. Offerten **D. K.** i. d. Exp. d. Bl.

In unserm Verlage erschien soeben:

Die Gebührenordnung für Rechtsanwälte

vom 7. Juli 1879

nebst Landesgebührengesetzen.

Erläutert und für den praktischen Gebrauch bearbeitet

von

Carl Pfafferoth

Kanzleirath im Reichsjustizamt.

Preis 13½ Bogen groß 8° brochirt 4 Mark, in Original-Callico-Einband 5 Mark.

Für den Werth und die praktische Brauchbarkeit des in jeder Anwaltstube unentbehrlichen Buches bürgt schon der Name des Verfassers, der durch sein weitverbreitetes und autoritativen Ansehens sich erfreuendes Werk über das Gerichtskostenwesen (4. Aufl.), durch sein 1879 erschienenes Handbuch für das Anwaltsgebührenwesen, wie auch durch zahlreiche Abhandlungen über Gebührenfragen in der Juristischen Wochenschrift in den Anwaltskreisen wohlbekannt ist. Dafür zeugt auch die Thatsache, daß sowohl der Königlich Preußische Herr Justizminister wie der Vorstand des Deutschen Anwaltvereins in ihren Organen auf das Buch aufmerksam gemacht bezw. dasselbe offiziell empfohlen haben.

Das Buch ist durch jede Sortimentsbuchhandlung sowie durch die Verlagsbuchhandlung zu beziehen und wird gegen Einsendung des Betrages von letzterer direct franco per Post übersandt.

Berlin S. **W. Moeser Hofbuchhandlung.**
Stallschreiberstr. 34. 35.

Verlag von J. Guttentag (D. Collin) in Berlin.

Soeben erschien:

Zeitschrift

für die

gesamte Strafrechtswissenschaft.

Herausgegeben

von

Dr. Franz von Liszt, ord. Prof. der Rechte in Marburg a. L.
Dr. Karl von Lilienthal, ord. Prof. der Rechte in Zürich.
Dr. H. Bennecke, ord. Prof. der Rechte in Gießen.

Band IX Heft 1/2.

Preis des cplt. 6 Hefte umfassenden Bandes 20 Mark.

„Amtsroben und Baretts.“

Für Juristen, reellste u. billigste Bezugsquelle. Stoffproben u. Preiscourante werden auf Wunsch frei zugesandt.

Erste Productiv-Genossenschaft Berliner Schneider (E. G.)
Berlin S. 14, Kommandantenstr. 61.

Für die Redaktion verantw.: S. Haenle. Verlag: W. Moeser Hofbuchhandlung. Druck: W. Moeser Hofbuchdruckerei in Berlin.

№ 52 und 53. Berlin, 26. November. 1888.

Juristische Wochenschrift.

Herausgegeben von

S. Haenle, Justizrath, Rechtsanwalt in Ansbach. und M. Kempner, Rechtsanwalt beim Landgericht I. in Berlin.

Organ des deutschen Anwalt-Vereins.

Preis für den Jahrgang 20 Mark. — Inserate die Zeile 40 Pfg. — Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt.

Inhalt.

Aufsätze für die Juristische Wochenschrift, welche acht Spalten überschreiten, können nur ausnahmsweise angenommen werden. Aufsätze, welche sich auf Angelegenheiten des Anwaltstandes und die Reichsjustizgesetze beziehen, erhalten den Vorzug.

Die Redaktion.

Hülfskasse für deutsche Rechtsanwälte.

Die Anwaltskammer im Bezirke des Oberlandesgerichts zu Frankfurt am Main hat der Kasse abermals einen Beitrag von 1000 Mark überwiesen. Der Kammer und ihrem Vorstande ist für die erhebliche Gabe der aufrichtigste Dank ausgesprochen.

Vom Reichsgericht.*) **)

Wir berichten über die in der Zeit vom 11. bis 21. November 1888 ausgefertigten Erkenntnisse.

I. **Die Reichsjustizgesetze.**

Zur Civilprozeßordnung.

1. Die Benennung des rechten Besitzers (nominatio auctoris) ist eine von der C. P. O. (§ 73 aus dem früheren Prozeßrecht übernommene Einrichtung, welche sich als eine Rechtswohlthat für den Bekl. darstellt, indem sie diesen unter den geforderten Voraussetzungen der Verpflichtung zur Uebernahme der Vertheidigung enthebt und diese Verpflichtung auf den benannten Auctor überträgt. Vergl. Wetzell, System des Civilprozesses § 7 Ziffer 3; von Wilmowski & Levy, Commentar zur C. P. O. § 73 Anm. 1. Es ergab sich schon hieraus und erwies sich überdies als nothwendige Folge des von der C. P. O. angenommenen Grundsatzes vom Prozeßbetrieb der Parteien, daß dem Bekl. zur Pflicht gemacht werden mußte, diejenigen Schritte zu unternehmen, welche erforderlich sind um jene Rechtswohlthat zu ermöglichen. Darum hat der Bekl. jetzt nicht blos, wie nach früherem gemeinen und preußischen Prozeßrecht, seinen Auctor zu benennen, sondern selber dafür thätig zu werden, daß dieser anstatt seiner den Prozeßübernehmer oder doch sich darüber erkläre, ob er den Prozeß übernehmen wolle oder nicht. Auf welchem Wege der Bekl. dies bewirkt, ist für den Kl. an sich ohne Interesse, vorausgesetzt nur, daß seine Rechtsverfolgung dadurch nicht erschwert wird. Daß eine solche Erschwerung nicht vorliegt, wenn dem Kl. vor der Verhandlung zur Hauptsache vom Bekl. der Auctor benannt worden ist und der Auctor alsbald in dem Verhandlungstermine den Prozeß übernimmt, wie das hier geschehen ist, liegt auf der Hand; es erfährt im Gegentheil das Interesse des Kl. an möglichster Beschleunigung des Prozesses eine Förderung, wenn der Bekl., statt sich vorläufig auf Streitverkündung und Ladung des Auctors zu beschränken das Mehrere bewirkt, daß der Auctor sofort in dem mit ihm, dem Bekl. angesetzten Verhandlungstermin den Prozeß übernimmt. Ob der Uebernahmeerklärung des Auctors eine Streitverkündung an denselben durch den Bekl. und eine förmliche Ladung zur Erklärung über die Streitverkündung vorangegangen ist oder nicht, kann dem Kl. sonach in solchem Falle mindestens gleichgültig sein. Daß der Gesetzgeber nutzlose Formvorschriften einführen wollte, ist nicht anzunehmen, und darum ist es von vornherein unwahrscheinlich, daß der Kl. ohne sachlich daran interessirt zu sein, aus dem Unterbleiben der Streitverkündung und Ladung an den Auctor einen Einwand gegen die Gültigkeit der von demselben sofort erklärten Prozeßübernahme sollte ableiten dürfen. Diese Ansicht des B. R. findet aber auch in der Fassung des Gesetzes keine Unterstützung. Allerdings ist im § 73 Abs. 1. Streitverkündung an den Auctor und Ladung desselben zur Erklärung vorgeschrieben; daran ist aber nur die Folge geknüpft worden, daß der Bekl. bis zur Erklärung des Auctors oder bis zum Schluß des Erklärungstermins die Verhandlung zur Hauptsache zu verweigern (Abs. 1), sowie bei Renitenz des Auctors

*) Nachdruck ohne Angabe der Quelle verboten.

**) Wir schließen hiermit unsere Berichte für das Jahr 1888, um die rechtzeitige Herstellung des Inhaltsverzeichnisses zu ermöglichen.

dem Klageantrage zu genügen berechtigt sein soll (Abs. 2). Es ist freilich einleuchtend, daß der praktische Erfolg, welchem die Einrichtung der Benennung des rechten Besitzers dienen soll, ohne die Berechtigung des Bekl. zur einstweiligen Einlassungsverweigerung und zur eventuellen Befriedigung des Kl. nicht erreichbar ist, und daß andererseits dem Bekl. diese Berechtigungen füglich nur unter der Voraussetzung haben gewährt werden können, daß er das Seinige gethan hat um den Auctor zur Uebernahme des Prozesses zu veranlassen; es hat darum seinen guten Grund, daß der Gesetzgeber den Bekl. zur Streitverkündung und Ladung an den Auctor verpflichtet, wenn anders die daran geknüpften Berechtigungen vom Bekl. sollen in Anspruch genommen werden können. Zur Inanspruchnahme dieser Berechtigungen seitens des Bekl. kommt es aber nicht, wenn wie hier, der Auctor sofort im Verhandlungstermin den Prozeß übernehmen zu wollen erklärt. Daß solche Erklärung nur unter der Voraussetzung vorangegangener Streitverkündung und Ladung rechtsgültig abgegeben werden könne, spricht das Gesetz nicht aus; es läßt sich höchstens sagen, daß der Abs. 3 des § 73 welcher dem Auctor das Recht zur Prozeßübernahme gewährt, als den regelmäßigen Fall annimmt, daß eine Streitverkündung und Ladung des Auctors vorangegangen sei, wie dies auch der Regel nach geschehen wird. Den ausnahmsweise vorkommenden Fall, daß der Auctor sofort aus freien Stücken oder auf außergerichtliche Aufforderung des Bekl. den Prozeß übernimmt, brauchte der Gesetzgeber nicht besonders zu regeln, wenn dessen Behandlung ohnehin nicht zweifelhaft sein konnte. V. C. S. i. S. Salomon c. Thiele vom 30. Oktober 1888, Nr. 189/88 V.

2. Die Entscheidung des B. R. beruht auf der Annahme, daß der Kl. seine Klage in der mündlichen Verhandlung I. J. zurückgenommen habe. Er folgert daraus, daß der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen und darum auch die Erhebung einer Widerklage Seitens der Bekl. ausgeschlossen gewesen sei. Die obige Prämisse ist unrichtig. Laut des erstinstanzlichen Thatbestandes hat der Kl. seine Klage keineswegs zurückgenommen, dieselbe vielmehr, wenn auch auf den Kostenpunkt beschränkt, ausdrücklich aufrecht erhalten. Es war daher über seinen Antrag, die Bekl. in die Kosten zu verurtheilen, ebenso wie über deren Widerklage zu erkennen. Der I. R. hat dies denn auch gethan und in beiden Beziehungen nach dem klägerischen Antrage entschieden. Wenn nun Bekl. mit dem Antrag, in beiden Beziehungen zu ihren Gunsten abzuändern, Berufung eingelegt hat, so war hierüber vom B. R, und zwar auf der Grundlage, daß die Klagesache anhängig geworden, zu erkennen. III. C. S. i. S. Walther c. Walther vom 23. Oktober 1888, Nr. 154/88 III.

3. Um gegen den dritten Besitzer auf Herausgabe der Schuldurkunden klagen zu können, bedurfte der Kläger einer besonderen Ueberweisung des Herausgabeanspruchs nicht. Dieser Herausgabeanspruch war ihm vielmehr bereits in und mit der Ueberweisung der Grundschuldforderungen nach § 737 Abs. 2 überwiesen, wonach die Ueberweisung der Forderung bereits einen vollstreckbaren Anspruch gegen den Schuldner auf Herausgabe der Urkunden enthält, folglich auch bereits nach Abs. 1 des § 737 die förmlichen Abtretungserklärungen des Schuldners ersetzt. V. C. S. i. S. Salomon c. Thiele vom 30. Oktober 1888, Nr. 189/88 V.

Zur Konkursordnung und dem Anfechtungsgesetz.

4. Zwar kann nicht gebilligt werden, daß die Anfechtungsgründe der K. K. O. und des A. G. allgemein und unbeschränkt für verschiedene, eine Klageänderung enthaltende Klagegründe erklärt werden wollen. Dagegen ist nicht zu bezweifeln, daß die Anfechtung nach § 25 und diejenige nach § 24, 1 der K. K. O. — hier die auf ein subjektiv rechtswidriges Handeln gestützte Deliktsklage, dort der aus der objektiven Thatsache abgeleitete Anspruch, daß eine im Vermögen eines Dritten befindliche Bereicherung auf der unentgeltlichen Verfügung des Gemeinschuldners beruhe — wesentlich verschiedene Klagfundamente darstellen. Wie aber die Geltendmachung des § 25 gegenüber dem § 24, 1 oder umgekehrt eine Klageänderung in sich schließt, so ist das Gleiche auch in dem Verhältnisse des § 24, 1 und § 23 der K. K. O. der Fall. Denn geht man mit dem Beschlusse der Vereinigten C. S. des R. G. vom 28. Juni 1888 davon aus, daß die Vorschrift des § 23 der K. K. O. nicht auf der Präsumtion eines Dolus der am Geschäfte Betheiligten, sondern auf dem Prinzipe basirt, daß es im Interesse der Aufrechterhaltung des Kredits in den gedachten Fällen billig und zweckmäßig erscheine, dem dritten Betheiligten eine Verpflichtung zur Rückgewähr aufzuerlegen, so ergiebt sich von selbst, daß ein hierauf gegründeter Anfechtungsanspruch sich wesentlich von den Fällen des § 24, 1 der K. K. O. unterscheidet, welch letztere allein und ausschließlich ein fraudulöses Handeln zur Grundlage haben. Die beiden Anfechtungsgründe sind also verschieden hinsichtlich ihrer thatsächlichen Voraussetzungen wie hinsichtlich des rechtlichen Charakters der ihnen entsprechenden Klage, der Uebergang von dem einen zu dem andern Grunde muß daher als eine unstatthafte Klageänderung bezeichnet werden, wenn er, wie im gegebenen Falle, nach Erhebung der Klage und unter Widerspruch der beklagten Partei erfolgt ist. III. C. S. i. S. Schwarzkopf Konk. c. Egge vom 19. Oktober 1888, Nr. 136/88 III.

Zum Gerichtskostengesetz.

5. Durch den angefochtenen Beschluß ist gegen den Kl. auf Grund von §§ 48, 49 des G. K. G. eine Strafgebühr von 10 Mark festgesetzt worden, weil eine Vertagung der mündlichen Verhandlung durch ungenügende Vorbereitung derselben Seitens des Kl. veranlaßt worden ist. Die Beschwerde des Kl. gegen diesen Beschluß war für begründet zu erachten. Die Klage beruht auf der Behauptung, daß der Cedent, Zimmermeister K. im September und Oktober 1886 dem Gemeinschuldner darlehnsweise Beträge von zusammen 1850 Mark zum Ankauf von Waaren baar mit der Verpflichtung zur Verzinsung vom 1. Oktober 1886 ab gegeben habe. Der in I. J. als Zeuge vernommene Zimmermeister K. hat eidlich bekundet, daß er im Lauf des Jahres 1886, es werde im Herbst gewesen sein, seinem Bruder, dem beklagtischen Gemeinschuldner, den Gesammtbetrag von 1839 Mark in einzelnen Raten baar gegen das Versprechen der Rückzahlung gegeben habe. Ein Theil des Betrages sei nicht zu Händen des Gemeinschuldners, sondern auf dessen Verlangen an seine Gläubiger gezahlt worden. Durch Urtheil des Landgericht vom 2. Juni 1888 ist die Klage abgewiesen worden, weil der gedachte Zeuge nicht für glaubwürdig, auch die übrigen, vom Kl. beigebrachten Beweismittel zum Erweise der Hingabe des Darlehns nicht für genügend erachtet worden sind. In der Be-

rufungsschrift ist demnächst die Klagebehauptung unter das Zeugniß der Einwohner A. und B. gestellt worden. Bei dieser Sachlage kann es nicht als ein Verschulden in der Vorbereitung der Verhandlung angesehen werden, daß der Vertreter des Kl. die in der mündlichen Verhandlung der Berufungsinstanz gerichtsseitig an ihn gestellte Frage, welche Beträge vom Cedenten des Kl. an den Gemeinschuldner direkt und welche an dessen Gläubiger gezahlt seien, nicht sofort zu beantworten in der Lage war. Die Klage ist in I. J. wegen mangelnden Beweises abgewiesen worden, die neue Beweisantretung in der Berufungsinstanz ist der Klagebehauptung entsprechend erfolgt. In welchem Sinne das B. G. auf den Umstand Gewicht legt, ob ein Theil der dem Gemeinschuldner angeblich dargeliehenen Gelder auf dessen Anweisung an seine Gläubiger, bezw. an welche derselben gezahlt worden, ist zunächst nicht ersichtlich. Es ist daher auch nicht anzunehmen, daß der Kl. oder sein Vertreter die obige Frage hätte voraussehen müssen. I. C. S. i. S. Stern c. Krazewicz Konk. vom 14. November 1888, B. Nr. 60/88. I.

II. Das Wechselrecht.

6. Bei einem Platzwechsel ist, wie bereits in dem in Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. XIV S. 148 flgd. abgedruckten Urtheil ausgeführt worden, der Präsentat, also derjenige, gegen den allein die wechselrechtlichen Handlungen vorzunehmen sind, der Bezogene und nicht der Inhaber des Geschäfts, in dem die Leistung der Zahlung zugesagt ist und in welchem allerdings die Zahlung zu suchen ist. Danach ist der Protest vom 31. Dezember 1887 über den Wechsel von 550 Mark gültig. Denn es ist in demselben ausdrücklich konstatirt, daß der Bezogene an jener Zahlstelle nicht angetroffen worden ist und ebenso auch zur Genüge, daß sich daselbst auch kein Anderer bei dem protestirenden Beamten behufs Zahlung Namens des Bezogenen gemeldet hat. I. C. S. i. S. Methe c. Schles. Central-Viehmarkts-Bankverein vom 29. September 1888, Nr. 188/88 I.

7. Nach Art. 88 Ziffer 3 der W. O. muß aus dem Proteste hervorgehen „das an die Person, gegen welche protestirt wird, gestellte Begehren, ihre Antwort oder die Bemerkung, daß sie keine gegeben habe oder nicht anzutreffen gewesen sei." Diejenige Person, gegen welche zu protestiren war, ist C. O. F. Der Protest ergiebt aber weder, daß an diesen ein Zahlungsbegehren gestellt worden ist, noch daß er nicht anzutreffen gewesen sei. Aus der diesseitigen, in Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. XIV S. 145 flgd. abgedruckten Entscheidung läßt sich zu Gunsten der Zulänglichkeit dieses Protestes nichts folgern. Dort ist ausgesprochen worden, daß es zu der erforderlichen Konstatirung nicht des Gebrauchs gerade der im Gesetz angegebenen Worte bedürfe, sofern sich aus dem, was wirklich konstatirt worden, zugleich das Vorhandensein des nach dem Gesetze zu beurkundenden Thatbestandes nothwendig ergebe. Wenn, wie in jenem Falle, der Notar beurkundet, er habe das Geschäftslokal, in welchem der Wechsel zu präsentiren war, verschlossen gefunden, so versteht es sich freilich ohne Weiteres von selbst, daß er den Bezogenen oder Domiciliaten in dem Geschäftslokal nicht angetroffen haben konnte, und es wäre eine widersinnige Uebertreibung des Formerfordernisses, wenn man noch besonders verlangen wollte, daß auch dies, was ja nichts zusätzlich Thatsächliches, sondern lediglich die Wiederholung des bereits Beurkundeten in den Worten des Gesetzes gewesen wäre, noch zum Ausdruck zu bringen wäre. Mit diesem Falle hat aber der vorliegende gar nichts gemein. Es ist nicht ersichtlich, wie daraus, daß in dem Proteste die Vorlegung des Wechsels an den Acceptanten und Domiciliaten zur Zahlung und eventuellen Protestirung als der dem Gerichtsvollzieher ertheilte Auftrag bezeichnet und ferner in demselben beurkundet ist, daß in dem Geschäftslokal des C. O. F. dessen Schwiegersohn angetroffen wurde und der Acceptant nicht angetroffen wurde, als zugleich beurkundet folgen soll, daß der Domiciliat C. O. F. selbst nicht anzutreffen gewesen. Gerade diese Fassung des Gesetzes: „nicht anzutreffen gewesen", ist nicht ohne Belang, indem sie zum Ausdruck bringen will, daß es nicht genügt, daß dem protestirenden Beamten nicht gleich bei seinem Eintritt in das Geschäftslokal die Person des Protestaten in das Auge fällt, daß er vielmehr Nachfrage nach ihm zu halten hat, ehe er konstatiren kann, daß er nicht anzutreffen gewesen. Selbst wenn es zulässig wäre, über den Inhalt des Beurkundeten hinaus das muthmaßlich Geschehene in Betracht zu ziehen, so fehlt es hier durchaus an Anhalt für die Annahme, daß der Gerichtsvollzieher in der That nach C. O. F. gefragt hätte, dieser aber nicht im Falle solcher Nachfrage sofort zur Stelle gewesen wäre. Vielmehr liegt es gerade nahe, daß der Gerichtsvollzieher entweder in unrichtiger Vorstellung in Betreff der Person, gegen die zu protestiren war, den Bezogenen für die entscheidende Person gehalten hat, wofür die völlige Uebereinstimmung des Protestes mit dem über den Wechsel von 550 Mark trotz der gerade für den Protestakt erheblichen Unterschiede beider Wechsel spricht, oder daß er den im Geschäftslokal von C. O. F. vorgefundenen Schwiegersohn dieses Mannes zu Erklärungen über den dem Geschäftsinhaber zur Zahlung vorzulegende Wechsel als ermächtigt angesehen und deshalb die Nachfrage nach dem Prinzipal unterlassen hat. Hätte dies auf einer Ermittelung, wonach dieser Schwiegersohn eine geschäftliche Stellung bei C. O. F. hatte, die ihn hierzu ermächtigte, etwa als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter, beruht und wäre dies in dem Proteste beurkundet worden, so würde alsdann eine Nachfrage nach dem Prinzipal entbehrlich gewesen sein, vergl. Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. XIV S. 148. Wird aber, wie in dem Urtheil des Dritten C. S. des R. G. vom 20. Januar 1882 — abgedruckt in Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 31 S. 455, auch Fenner und Mecke Archiv Bd. 3 S. 190 — zutreffend ausgeführt ist, durch die Präsentation an einen Geschäftsgehülfen, der nicht im Protest als Prokurist oder speziell zur Erklärung auf Wechsel Befugter bezeichnet ist, die Beurkundung der Abwesenheit des Prinzipals nicht entbehrlich, mag auch der Geschäftsgehülfe eine Auskunft über den Wechsel ertheilt haben, so erscheint die bloße Beurkundung, daß die angetroffene Person Schwiegersohn des Geschäftsinhabers sei, erst recht unzulänglich. Der vorliegende Fall ist durchaus dem vom Ersten C. S. des R. G. durch Urtheil vom 28. September 1885 i. S. Petter wider Petrow I. 200/1885 entschiedenen analog. Dort handelte es sich um einen bei Aron C. Bohm in Graudenz domicilirten Wechsel. Nach dem Protest, welcher als den Auftrag bezeichnete, den Wechsel dem Domiciliaten Aron C. Bohm zur Zahlung vorzulegen, hatte der protestirende Beamte sich in das Geschäftslokal von Aron C. Bohm begeben, daselbst aber „nicht den

Bezogenen, sondern Herrn Jakob Bohm jun." angetroffen und von diesem auf Vorlegung des Wechsels die Erklärung, daß Deckung nicht eingegangen, erhalten. Das R. G. erachtete die Annahme des B. G., daß der Protest ungültig sei, weil aus der Protesturkunde nicht hervorgehe, in welcher rechtlichen Stellung Jakob Bohm jun. zu Aron C. Bohm sich befunden, und nicht beurkundet sei, ob der Inhaber der Handlung Aron C. Bohm anwesend gewesen sei oder nicht, für rechtlich zutreffend. Siehe Entsch. bei voriger Nummer.

III. Das Handelsrecht.

8. Rübenaktien. Wenn das B. G. die Statutenänderung, auf welche sich der klägerische Anspruch stützt, trotz der Zustimmung des Bekl. zu derselben für unwirksam erachtet, weil entsprechend derselben der Aktionär ohne ein sicheres Anrecht auf irgend welche Vergütung Rüben zu bauen und zu liefern verpflichtet sei, so ist damit, wenn auch die rechtliche Begründung, es fehle darnach dem als Kauf- oder Lieferungsvertrag gewollten Vertrage der für ein solches Geschäft erforderliche bestimmte Inhalt, nicht für zutreffend erachtet werden kann, doch richtig derjenige Punkt bezeichnet, der die Entscheidung gegen den Klageantrag rechtfertigt. Betrachtet man nämlich das Statut der klagenden Gesellschaft nach dem Inhalt, den es durch die Veränderungsbeschlüsse vom 27. Januar 1887 erhalten hat — und um diesen Inhalt allein handelt es sich, da auf der Nichterfüllung der entsprechend diesem Statuteninhalt dem Bekl. gestellten Zumuthungen der Klageanspruch beruht, — so schließt derselbe die Möglichkeit einer Scheidung zwischen dem aktiengesellschaftlichen Verhältniß und besonderen Verträgen über den Bau und die Lieferung von Rüben, welche die sich hierzu Verpflichtenden nicht als Aktionäre geschlossen hätten, aus. Jeder Zweifel in dieser Hinsicht wird gerade dadurch beseitigt, daß das Statut nunmehr die sogenannten Rüben-Aktionäre mit ihrer Anwartschaft auf Vergütung für die zu liefernden Rüben lediglich auf den Geschäftsgewinn des Aktienunternehmens verweist. Und zwar erhalten sie eine Vergütung auf die Rübenlieferungen überhaupt nur, sofern nach Abzug bestimmter Aufwendungen für die Prolongation des Wechselkredits und der vom Aufsichtsrath festzusetzenden Abschreibungen für Abnutzung der Gebäude, Maschinen und Utensilien vom jährlichen Bruttoerträgniß ein Ueberschuß verbleibt. Und ferner werden, obwohl eine Vergütung in Höhe von 75 Pfg. pro Centner als eine dem Werthe der Lieferungen entsprechende angesehen sein muß, da sie andernfalls auch nicht eventuell zu Lasten des Dividendenbezugs auf die Stammaktien festgesetzt worden sein könnte, aus diesem Ueberschuß zunächst nur 65 Pf. pro Centner, die weiteren 10 Pfg. aber nur bezahlt, soweit der Ueberschuß nach weiterem Abzug der Zinsen für die Contocorrentforderung, der Prozentbeträge für den Reservefonds, einer Dividende bis zu 5 Prozent für die Stammprioritätsaktien und der Tantièmen für die Angestellten noch einen Betrag ergiebt, der aber alsdann auch noch zur Hälfte für die Bezahlung bestimmter Schulden zu verwenden ist. Ob darnach der Fall, daß für die Rüben gar keine Vergütung erfolgt, besonders nahe liegt, braucht nicht erörtert zu werden. Entscheidend ist, daß in sehr naheliegenden Fällen für die Rüben keine ihrem Werthe entsprechende Vergütung erfolgt, weil die Rübenlieferungen zur Bezahlung von Schulden der Aktiengesellschaft und von Dividenden für eine bevorrechtigte Aktiengattung, sowie zur Ergänzung des Aktiengrundkapitals, soweit sich solches durch Abnutzung der Anlagen der Gesellschaft vermindert, beizutragen haben. Denn als solcher Beitrag zu den gedachten Zwecken stellt sich die Rübenlieferung dar, sobald aus dem mittels der Verarbeitung der gelieferten Rüben und des Verkaufs des fabrizirten Zuckers gewonnenen Ertrage vor Vergütung des Rübenwerthes jene Verwendungen stattfinden, soweit nicht alsdann noch ein zur Vergütung des Rübenwerthes ausreichender Ueberschuß verbleibt. Es mag nun dahingestellt bleiben, ob mit der Zusammenfassung der aktienrechtlichen Festsetzungen und der die Rübenlieferungspflicht betreffenden in einer und derselben als „Statut der Aktiengesellschaft" bezeichneten Urkunde, mit den Beziehungen, in welche die einzelnen Bestimmungen jeder der beiden Kategorien zu einander gesetzt sind, und mit dem festgesetzten Zwecke der Aktiengesellschaft, welcher nicht auf Verarbeitung von Rüben schlechthin, sondern hauptsächlich auf Verarbeitung der statutenmäßig zu liefernden Rüben gerichtet ist, die Scheidung zwischen der Aktiengesellschaft und einem daneben hergehenden Rechtsverhältnisse zwischen den Aktionären und der Aktiengesellschaft, für welches die Aktionäreigenschaft nur als ein Zustandsverhältniß bestimmend ist, dann verträglich erscheint, wenn für die Rüben ohne Rücksicht auf den Ertrag des Aktienunternehmens ein festes, nur entsprechend der Aenderung der Marktpreise zur Zeit der jedesmaligen Kampagne veränderliches Aequivalent gewährt wird, also die Rübenlieferung zum Zwecke eines Austausches von Leistungen erfolgt. Bei Festsetzungen, wie den hier hervorgehobenen widerstrebt das ganze Verhältniß einer solchen Auseinanderreißung auf das Entschiedenste. Die Rübenlieferungen sind hier ihrer inneren Natur nach gesellschaftliche Beiträge. Eine zweite neben der Aktiengesellschaft bestehende Gesellschaft ist schon äußerlich aus den getroffenen Festsetzungen nicht konstruirbar. Es handelt sich nach dem Statut in der Gestalt, welche dasselbe entsprechend den Generalversammlungsbeschlüssen vom 27. Januar 1887 erhalten hat, um ein einheitliches Verhältniß gesellschaftlicher Natur, Inhalts dessen die Gesellschafter sowohl durch bestimmte Geldeinlagen ein Grundkapital gebildet haben wie auch zu fortlaufenden gesellschaftlichen Beiträgen mittels Lieferung selbst zu bauender Rüben sich verbunden haben und dieses ganze Verhältniß soll von einer dem Rechtsinstitut der Aktiengesellschaft entsprechenden Organisation umspannt sein und in ihr seine Lebensordnung finden. Um zu entscheiden, ob dies nach deutschem Aktienrecht zulässig ist, bedarf es zunächst der Erörterung, ob man die Rübenlieferungen etwa als Einlagen auf das Grundkapital ansehen kann. Dies ist offenbar zu verneinen, obwohl es neuerdings, vergl. Cosak's Lehrbuch des Handelsrechts S. 485, anscheinend übrigens bei bloßer Unterstellung des hier nicht vorliegenden Falles der Lieferung gegen unbedingte Preiszahlung, behauptet worden ist. Sollte die Rübenlieferungspflicht — denn nur diese und nicht die einzelnen Rübenlieferungen können in dieser Beziehung in Betracht kommen — als Einlage auf das Grundkapital anzusehen sein, so müßte ein Werth für dieselbe festgesetzt worden sein. Dies ist nicht geschehen, wie denn auch keine Aktien auf dieses Werthobjekt gewährt worden sind. Eine Werthanrechnung dieser Rübenlieferungspflicht für das Grundkapital erscheint nach der Bedeutung der Rübenlieferungen auch durchaus ausgeschlossen. Denn die Rübenlieferungspflicht soll natürlich nur so lange existiren, als die

Aktiengesellschaft besteht und ihr Unternehmen betreibt, ist aber kein Haftungsobjekt für die Gesellschaftsgläubiger in dem Sinne, daß sie etwa im Konkurse der Aktiengesellschaft für die Befriedigung derselben verwerthet werden könnte. Bildete die Rübenlieferungspflicht einen Werth für das Grundkapital, so müßte, da das Grundkapital in seinem Bestande erhalten werden muß, während die Rüben verbraucht werden, also keinen dauernden Aktioposten bilden können, aus dem Ertrage immer ein entsprechender Betrag zur Ergänzung des durch den Rübenverbrauch verminderten Grundkapitals zurückgelegt werden. Dies wäre das gerade Gegentheil von dem, was beabsichtigt ist, da der Werth der gelieferten Rüben den Rübenaktionären im Ertrage vergütet werden soll. Wenn man den Charakter der Werthseinlage auf das Grundkapital trotz aller dieser Umstände auf dem Wege herauskonstruiren wollte, daß man von einer Einlage der Rübenlieferungspflicht, aber gleichzeitig unter Belastung des Bruttoertrages mit dem Rübenpreis spricht, und dabei Werth und Last gleich hoch annimmt, so liefe dies auf ein reines Spiel mit Worten hinaus, indem man das Wort: Einlage auf das Grundkapital festhält, während es an dem Begriffe desselben gänzlich fehlt. Ein Werth, der durch die Last aufgewogen wird, die man darauf legt, ist gleich Null und eine Gesellschaft, bei welcher die Einlagen nur zu einem Geldwerthe angeschlagen sind, welcher durch den ebenfalls festgesetzten Werth der darauf ruhenden Lasten aufgewogen wird, hat wohl Vermögen, aber eben kein Grundkapital. Sind aber die Rübenlieferungen keine Einlagen auf das Grundkapital, sondern andere vermögensrechtliche Leistungen für den Gesellschaftszweck, so fragt es sich, ob die Verpflichtung zu ihnen als solche im Rahmen der Aktiengesellschaft der Aktionärmitgliedschaft einverleibt werden kann. Für die Bejahung dieser Frage ist neuerdings, vergl. Gierke, die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung S. 271 Note 2 und S. 918 fg. geltend gemacht worden, daß die durch Art. 219 des H. G. B. als begrenzt bezeichnete Beitragspflicht ein engerer Begriff als der einer vermögensrechtlichen Leistungspflicht sei, ohne daß übrigens dabei in eine Untersuchung der verschiedenen Arten, in welchen die Rübenlieferungspflicht sich festgesetzt findet — Lieferung gegen festen Rübenpreis, gegen Vergütung des Werthes aus dem Bruttoertrage ohne oder mit Vorabzug von Beträgen für Schuldentilgung oder Ergänzungen des verminderten Grundkapitals — eingetreten und erörtert ist, ob nicht einzelne dieser Festsetzungsarten unter den engeren Begriff der Beitragspflicht fallen. Die isolirte Betrachtung der Wortfassung des Art. 219 des H. G. B. — gleichviel ob man dabei die Fassung entsprechend dem Gesetze vom 18. Juli 1884 oder die frühere vor Augen hat — genügt aber überhaupt nicht zur Entscheidung. Vielmehr kommt es auf die Ermittelung der wesentlichen Grundzüge des Rechtsinstituts der Aktiengesellschaft, bei deren Alterirung eine Aktiengesellschaft eben nicht mehr vorliegt, sowie darauf an, ob die damit verknüpften besonderen Festsetzungen diese Grundzüge alteriren. Nun soll nicht behauptet werden, daß nicht eine Aktienbetheiligung auch die Verpflichtung zu sekundären Nebenleistungen, die dem Zwecke rationeller Bewirthschaftung des zusammengebrachten Kapitals dienen, wie z. B. zur Uebernahme von gewissen Aemtern, umfassen kann. Auch braucht nach der Lage des vorliegenden Falles nicht entschieden zu werden, ob Gegenstand der Umfassung durch die Aktienbetheiligung eine Verpflichtung zu Austauschleistungen, also zur Lieferung von Rüben gegen einen festen, nur innerhalb der Grenzen der Marktpreise zu den verschiedenen Zeiten durch Beschluß der Generalversammlung wandelbaren Rübenpreis, werden kann, ob also den Gründen der in den Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. XVII S. 3 fg. und Bd. XIX S. 110 fg. abgedruckten Urtheile des Dritten und Zweiten C. S. des R. G. im vollen Umfange zuzustimmen wäre. Es handelt sich eben nicht um vermögensrechtliche Leistungen schlechthin, die blos ihre Grundlage in dem aktiengesellschaftlichen Verhältnisse haben, sondern um Leistungen, die selbst gesellschaftliche Beiträge sind. Die Interessenten setzen nicht ihre Produkte an einen mittels ihres zusammengeschossenen Kapitals gebildeten Fabrikunternehmer ab, sondern bringen in Folge übernommener Verpflichtung nicht blos das Kapital, sondern auch die Rohprodukte zusammen, durch deren Verarbeitung zu Zucker und Absetzung in der Form des gewonnenen Zuckers mit Hülfe des zusammengebrachten Kapitals sie den Ertrag erzielen wollen. Der Gegenstand des Unternehmens ist daher auch gar nicht blos der Betrieb einer Rübenzuckerfabrik, sondern zugleich der der Verwerthung der von den Gesellschaftern zu produzirenden Rüben. Die rechtliche Natur dieser' Zusammenbringung der Rüben als gesellschaftlicher Beiträge, die aber nicht Einlagen auf das Grundkapital sind, kann nicht deshalb bestritten werden, weil nach der Form der Gesellschaft der Empfänger der Rüben ein Dritter, die von den Einzelnen verschiedene Aktiengesellschaft, ist. Es handelt sich gerade darum, zu entscheiden, ob diese Form für ein Gesellschaftsverhältniß zugänglich ist, bei welcher neben den in bestimmten Geldsummen oder in zu solchen angeschlagenen Werthen bestehenden Einlagen auf ein Grundkapital auch andere gesellschaftliche Beiträge festgesetzt werden. Mit dem gleichen Rechte würde man, wenn die Betheiligten neben den Kapitaleinlagen auch die Verpflichtung übernähmen, innerhalb einer Maximalbegrenzung auch noch mit ihrem sonstigen Vermögen zur Zahlung ungedeckt bleibender Schulden oder zur Ergänzung des sich vermindernden Grundkapitals beizutragen, diesen Beiträgen die Natur gesellschaftlicher Beiträge absprechen. In der That liegt auch gerade dieser Fall vor. Denn ob die Aktionäre sich verpflichten, für diese Zwecke baares Geld herzugeben oder ob sie die Verwendung des Werths ihrer Rüben hierzu gestatten müssen, läuft auf dasselbe hinaus. Die Frage ist also, ob es zum Wesen der Aktiengesellschaft gehört, daß sich die gesellschaftliche Betheiligung, welche in der Aktie ihren Ausdruck findet, in Bezug auf die gesellschaftliche Beitragspflicht in dem festbestimmten Beitrag zum Grundkapital erschöpfen muß. Diese Frage muß bejaht werden. Daß bei der offenen Handelsgesellschaft und der einfachen Kommanditgesellschaft die Interessenten das innere Verhältniß mit einem beliebigen und im Vergleiche zu dem, was der äußeren Haftung entspräche und in den vermittelnden Rechtssätzen des Gesetzes über das Verhältniß nach Innen zum Ausdruck gebracht ist, ganz singulären Inhalte erfüllen können, darf nicht zu der Folgerung führen, daß man unter der Aktiengesellschaft jedes körperschaftlich organisirte Verhältniß mit beliebigem Inhalte gesellschaftlicher Leistungen, sofern nur als das Haftungsobjekt nach Außen lediglich ein bestimmtes, durch festbestimmte Kapitalbeiträge gebildetes Kapital gesetzt ist, zu verstehen hätte. Damit würde man dem Begriffe der Aktien-

gesellschaft auch nicht gerecht, weder nach seiner wirthschaftlichen Bedeutung und geschichtlichen Entwickelung — und eine wirklich vorhandene Gesellschaftsform, nicht eine im Wege der Abstraktion gefundene Haftungsvarietät hat man anerkennen und regeln wollen — noch nach der vom Gesetze selbst der Gesellschaft gegebenen Struktur. Ein Verein mit einem als alleiniges Haftungsobjekt ausgesetzten bestimmten Haftungskapitale ist noch keine Aktiengesellschaft. Nicht umsonst wird im Art. 207 Abs. 2 des H. G. B. gesagt: „Das Einlagekapital (Grundkapital) wird in Aktien zerlegt". Es gehört dies offenbar zu den Begriffsmerkmalen der Aktiengesellschaft. Erwägt man, daß bei dieser Gesellschaft das Mitglied eben nichts anderes als Aktionär ist, daß die Uebertragung des Aktienrechts Uebertragung der Mitgliedschaft ist, die Mitgliedschaft für die Ausübung und die Uebertragung nach sachenrechtlichen Grundsätzen sich in der Aktienurkunde verkörpert, so kann der Satz nur bedeuten, daß das, was in die „Aktien" genannten Theile, welche die Mitgliedschaften darstellen, zerlegt werden kann, eben nur das Grundkapital ist, demnach die Mitgliedschaft in Bezug auf die in ihr enthaltene gesellschaftliche Leistungspflicht sich auf die bestimmte Antheilsleistung zum Grundkapital beschränken, in ihr erschöpfen muß. Auf dieser in der bestimmten Kapitalantheilsziffer zur Erscheinung kommenden Abstraktheit des Leistungsinhalts ruht die Abstraktheit der Mitgliedschaften, ihre grundsätzliche Angelegtheit auf den Wechsel ihrer Inhaber, Eigenschaften, welche dem Rechtsinstitut eigenthümlich sind und trotz gewisser Abschwächungen, welche sie vermöge besonderer Festsetzungen erfahren können und in den Fällen, in welchen das Gesetz selbst die Genehmigung der Gesellschaft zur wirksamen Uebertragung erfordert, in der That erfahren, auch in diesen Fällen ihre Bedeutung niemals ganz verleugnen werden. Auf diesen Grundsätzen des Rechtsinstituts beruhen aber nicht blos einzelne erlaubende Rechtssätze des Gesetzes, so daß sich die Interessenten eine Abweichung von den Grundzügen damit erzwingen könnten, daß sie von dieser Erlaubniß, weil gerade sie zu der von ihnen gewollten Variirung des Gesellschaftstypus nicht passen würde, keinen Gebrauch machten. Vielmehr muß man bei dieser Veranstaltung des betreffenden Begriffsmerkmals davon ausgehen, daß das Gesetz bei der Gesammtheit seiner Anordnungen, insbesondere auch in Bezug auf die positiv vorgeschriebene Organisation der Gesellschaft, jenen Typus der Gesellschaft als den ausschließlichen vor Augen hat. Insbesondere läßt sich die enge Beziehung zwischen der statuirten umfassenden Herrschaft des Mehrheitswillens und der auf die bestimmten Beträge des Grundkapitals beschränkten Betheiligung nicht verkennen. Wenn auch der Mehrheitswille den Umfang der Leistungspflicht über die derselben gesetzten Grenzen in der Regel nicht zu erweitern vermag, so bestimmt doch die mittels desselben geübte Herrschaft ganz wesentlich das Schicksal desjenigen, was zur Gesellschaft bereits geleistet ist und noch geleistet werden muß. Die Auffassungen über die Berechtigung einer solchen Herrschaft des Mehrheitswillens können aber ganz verschieden sein, je nachdem man als Gegenstand dieses mittelbaren Einflusses einmalige Zuwendungen fester Kapitalbeträge oder daneben noch fortlaufende, innerhalb der Begrenzung durch ein Maximum der Höhe nach unbestimmte und von dem Erfolge des von dem Mehrheitswillen abhängigen Unternehmens abhängige Aufopferungen setzt. Von diesen allgemeinen Gesichtspunkten aus kann man allerdings den Art. 219 cit. nur als die ausdrückliche Hervorhebung des aktienrechtlichen Prinzips in seiner Anwendung auf den Umfang der Verpflichtung, welche durch die Aktienbetheiligung allein wirksam begründet werden kann, auffassen. Er will etwas Anderes sagen, als daß der Aktionär zu einem Mehr nicht herangezogen werden kann, wenn er sich nicht besonders zu diesem Mehr verpflichtet hat, welche Auslegung den Artikel auf das Niveau des Art. 92 des H. G. B. in Verknüpfung mit dem an die Spitze des Abschnitts gestellten Art. 90, für den es bei der Aktiengesellschaft keine Parallele geben kann, setzen würde. Bei einer Wirksamkeit der Generalversammlungsbeschlüsse vom 27. Januar 1887 würde demnach die Gesellschaft aus dem Rahmen der Aktiengesellschaft herausgetreten sein. Die Konsequenz dahin zu ziehen, daß darnach nunmehr nur eine Gesellschaft anderer Art vorliege, die nicht mehr in das Register für Aktiengesellschaften gehöre, daß aber deshalb die Beschlüsse selbst insbesondere für diejenigen, welche, wie Bekl., für dieselben gestimmt haben, nicht unverbindlich seien, geht nicht an. Es ist keine Umwandlung der Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft anderer Art gewollt, sondern nur eine Abänderung des Statuts der im Rechtsbestande zu erhaltenden Aktiengesellschaft. Ebensowenig kann eine Erörterung darüber, ob etwa schon die früheren Festsetzungen bei Errichtung der Gesellschaft oder bei frühern Statutenänderungen für die Individualität und den Zweck der Gesellschaft wesentliche Bestimmungen enthalten haben, die mit der Natur der Aktiengesellschaft unverträglich sind, zu einem dem vorliegenden Klageanspruch günstigen Ergebnisse führen. Denn, selbst wenn dies anzunehmen wäre, würde aus der Ungültigkeit des Aktiengesellschaftsbestandes, da eben nur eine Aktiengesellschaft gewollt ist, während bei einer Gesellschaft anderer Art, gleichviel, ob man sie als offene Handelsgesellschaft qualifiziren müsse oder als körperliche im Sinne des 6. Titels des zweiten Theils des Preußischen Landrechts ansehen dürfe, immer die gewollte beschränkte Verpflichtung, die der Aktiengesellschaft eigenthümlich, sich nicht einhalten ließe, nicht das rechtswirksame Vorhandensein einer Gesellschaft anderer Art, welche wirksam die jetzt in Frage stehenden Beschlüsse hätte fassen können, folgen. Da die jetzt in Frage stehenden Beschlüsse mit dem Wesen der Aktiengesellschaft unverträglich sind, so vermochte auch die Zustimmung des Bekl. zu denselben ihn nicht zu verbinden, und ebensowenig der Ablauf der einmonatlichen Frist des Art. 222 des H. G. B. ohne Klageerhebung den Beschlüssen den Rechtsbestand zu erwirken. I. C. S. i. S. Aktiengesellschaft Zuckerfabrik Schwetz c. Herbig vom 27. Juni 1888, Nr. 163/88 I

9. Das R. G. hat bereits wiederholt erkannt, daß nur die s. g. reinen Differenzgeschäfte als verbotene und nicht klagbare anzusehen seien, d. h. diejenigen Geschäfte, bei welchen das Recht effektive Lieferung verlangen und durch effektive Lieferung sich liberiren zu können, vertragsmäßig ausgeschlossen ist, dergestalt, daß nur die demnächstige Kursdifferenz den Gegenstand des Geschäfts bildet, daß es gleichgültig sei, ob die Kontrahenten beim Abschlusse des Geschäfts von der Absicht ausgegangen seien, daß dasselbe demnächst nur durch Zahlung der Kursdifferenz zu erfüllen sein werde, sofern nicht diese Absicht beim Vertragsabschlusse ausdrücklich oder stillschweigend erklärt und somit zu einer Vertragsbestimmung gemacht

worden sei. Von dieser wichtigen Voraussetzung ist auch das B. G. bei der Beurtheilung der Gültigkeit der zwischen den Partreien abgeschlossenen, der Klage zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfte ausgegangen. III. C. S. i. S. Daegel c. Mansfeld vom 30. Oktober 1888, Nr. 166/88 III.

10. Es kann dahin gestellt bleiben, ob die Annahme des B. R. richtig ist, daß im Art. 522 H. G. B. das Wort „Schiffspart" den Antheil am gesammten Rhedereivermögen, nicht bloß den Antheil am Schiffe bedeute; denn wenn auch unter diesem Wort nur der Antheil am Schiff zu verstehen ist, so können doch neben dem Anspruch auf diesen Schiffsantheil noch diejenigen Ansprüche geltend gemacht werden, welche aus dem Rhedereibetrieb entstanden sind, und ebenso kann die beklagte Rhederei gegenüber der Klage aus Art. 522 ihre Ansprüche aus dem Rhedereibetrieb zur Geltung bringen. Der B. R. verfährt daher nicht rechtsirrthümlich, wenn er zunächst den Werth des Schiffsantheils feststellt und von diesem abzieht, was seiner Auffassung nach von den Aufwendungen der Rhederei, welche mit für Rechnung des entlassenen Schiffers gemacht sind, auf dessen Antheil fällt. Ob dabei so verfahren wird, daß vom Werth des ganzen Schiffs die Gesammtheit der Aufwendungen abgezogen und der Rest nach Verhältniß der Schiffsparten getheilt wird, oder ob von jedem Faktor allein der betreffende Theil eingestellt wird, oder endlich ob die Faktoren anders gruppirt werden, ist für die rechtliche Beurtheilung gleichgültig. I. C. S. i. S. de Jonge c. Rhederei des Schiffes Delphin vom 17. Oktober 1888, Nr. 211/88 I.

IV. Sonstige Reichsgesetze.

Zur Reichsgewerbeordnung.

11. Der Revision ist darin beizutreten, daß — wie schon vom R. G. in zahlreichen Entscheidungen ausgeführt ist (zu vergl. u. A. Entscheidungen in Civilsachen Bd. 5 S. 102, Bd. 6 S. 65, Bd. 17 S. 221; Urtheile vom 9. Februar 1885 V. 185/84, vom 10. Februar 1886 I. 396/85 und vom 1. November 1886 IIIa 243/86, abgedruckt in der Juristischen Wochenschrift Jahrgang 1885 S. 141, Jahrgang 1886 S. 93, 399) — § 120 Abs. 3 R. Gew. O. nur den Inhalt und Umfang der dem Gewerbeunternehmer im Interesse des Lebens und der Gesundheit der Arbeiter, sowie dritter Personen, also im öffentlichen Interesse obliegenden Verpflichtungen, nicht aber auch die sich aus ihrer Verletzung ergebenden privatrechtlichen Folgen regelt, die letzteren sich vielmehr nach den bezüglichen Vorschriften des Privatrechts bestimmen. IV. C. S. i. S. Roy c. Rohlws vom 2. Oktober 1888, Nr. 140/88 IV.

Zum Gesetz vom 6. Juli 1884.

12. Die §§ 22 u. 23 des Gesetzes vom 6. Juli 1884 weisen den Vorstandsmitgliedern der Genossenschaft im Allgemeinen die Führung der Verwaltung, sowie die gerichtliche und außergerichtliche Vertretung zu. Der § 25 spricht ihnen nur Ersatz ihrer Auslagen zu und will im Uebrigen ihr Amt als Ehrenamt behandelt sehen, soweit nicht durch Statut ihnen Ersatz für den durch ihre Amtsführung erwachsenden Zeitverlust gewährt wird. Unzulässig wäre es daher, wenn in irgend einer Form einem Vorstandsmitgliede aus Gesellschaftsmitteln vom Vorstande eine Remuneration, die das Statut nicht vorschreibt, für den mit der Amtsführung verbundenen Zeitaufwand und Mühe gewährt würde. Dieser Fall liegt aber hier nicht vor. Während die Vorstandsmitglieder lediglich einen Theil ihrer Zeit und Arbeit der Genossenschaft unentgeltlich widmen sollen, wurde hier durch Beschluß der Sektionsversammlung vom 25. Juli 1885, wie das B. G. feststellt, die Anstellung eines vom Vorstande abhängigen, durch ihn kündbaren Geschäftsführers beliebt, welcher nicht blos Arbeit leisten, sondern Geschäftsräume, Heizung, Erleuchtung etc. sich selbst halten und auch auf seine Kosten die erforderlichen Schreibkräfte und Bedienung annehmen und zahlen sollte. Eine für eine solche Person und solche Leistungen bestimmte Entschädigung gehört zu den Verwaltungskosten; sie ist nicht für ein Vorstandsmitglied als solches und nicht für die einem Vorstandsmitgliede als solchem obliegende Thätigkeit gewährt. Es war demnach nicht unvereinbar mit dem § 25 des Gesetzes vom 6. Juli 1884, wenn dem Bekl. diese Geschäftsführung in Ausführung des Beschlusses der Sektionsversammlung vom 25. Juli 1885 vom Vorstande übertragen wurde. Daß nun eine ausdrückliche und formelle Anstellung des Bekl. als Geschäftsführers erfolgt ist, ist allerdings nicht festgestellt. Eine solche Feststellung war aber auch entbehrlich, da einerseits als erwiesen angenommen ist, daß die übrigen Vorstandsmitglieder davon Kenntniß gehabt haben, daß der Bekl. in Grundlage des Beschlusses der Sektionsversammlung vom 25. Juli 1885 die Thätigkeit des anzustellenden Geschäftsführers übernommen und dafür die 3000 M. jährlich sich berechnet hatte, welche für die Leistungen und Auslagen des anzustellenden Geschäftsführers durch den oben erwähnten Beschluß der Sektionsversammlung bewilligt waren, andererseits aber auch vom B. G. weiter als erwiesen angesehen wird, daß die Vorstandsmitglieder durch ihr späteres Verhalten und insbesondere durch das Unterschreiben des der Sektionsversammlung vorzulegenden Rechenschaftsberichts vom 27. April 1886 dies Vorgehen des Bekl. gebilligt haben. III. C. S. i. S. Deutsche Ziegelei-Berufsgenossenschaft zu Lübeck c. Hustädt vom 2. November 1888, Nr. 168/88 III.

V. Das Gemeine Recht.

13. Die actio negatoria erfordert nicht, daß der Bekl. sich ein Recht zu denjenigen Handlungen, durch welche er in die Eigenthumssphäre des Kl. eingegriffen hat, beigelegt hat oder beigelegt und daraus folgt, daß der Kl., auch wenn der Bekl. anerkennt, daß ihm ein solches Recht nicht zustehe, verlangen kann, daß durch das Urtheil ausgesprochen werde, es habe der Bekl. in dieser Beziehung die Freiheit des klägerischen Grundbesitzes anzuerkennen. Im vorliegenden Fall kommt aber hinzu, daß der Kl. nicht bloß auf Anerkennung der Freiheit seiner Landstelle von einschränkenden Rechten des Bekl. sondern auch auf Unterlassung fernerer Störungen durch den Bekl. bei Vermeidung einer richterlich festzusetzenden Strafe geklagt hat. Dieser Anspruch ist unter der Voraussetzung, daß der Bekl. sich der vom Kl. behaupteten Handlungen schuldig gemacht hat, begründet und muß demnach, falls das Beweisverfahren die Wahrheit der klägerischen Behauptungen ergeben sollte, der Bekl. dementsprechend in soweit verurtheilt werden. III. C. S. i. S. Schläter c. Hardt vom 19. Oktober 1888, Nr. 150/88 III.

VI. Das Preußische Allgemeine Landrecht.

14. In dem Urtheil vom 19. Februar 1888 (Entscheidungen Bd. 9, S. 245) hat das R. G. ausgesprochen, daß in dem dortigen Falle der mündlich erklärten Schenkung eines auf den

Namen des Erblassers der Parteien laufenden Sparkassenbuchs das Recht des Erblassers an dem Sparkassenkapitale auf seine Erben mit derselben Beschränkung übergegangen sei, wie er dasselbe hatte, dergestalt, daß der Erblasser, wenn der Geschenknehmer das Sparkassenkapital vor erklärter Zurücknahme der Schenkung oder vor eingelegtem Protest erhob die Schenkung nicht mehr zurücknehmen konnte. Es ist weiter ausgesprochen, daß das Gleiche auch in Betreff der Erben gelte, wenn der Beschenkte das Sparkassenkapital zwar nach dem Tode des Erblassers, aber vor der Seitens der Erben erklärten Zurücknahme der Schenkung oder vor eingelegtem Proteste erhob, daß die mündliche Willenserklärung des Erblassers gegen seine Erben ganz ebenso fortwirke, wie gegen ihn selbst. Es ist in jenem Urtheil ferner ausgesprochen, daß in der Ergreifung der von dem Schuldner an den Beschenkten gezahlten Gelder unter Zustimmung des Berechtigten die Uebergabe der Gelder im Sinne des Gesetzes enthalten sei. Eine wesentlich gleiche Auffassung liegt auf der späteren Entscheidung vom 22. Oktober 1885 (Entscheidungen des R. G. in Civilsachen Bd. 14, S. 264) zu Grunde und in dem Urtheil vom 21. April 1887 (ebenda Bd. 17, S. 295) ist in Beziehung auf verbriefte Forderungen, deren Schuldschein eine die Legitimation erleichternde Klausel nicht enthält, allgemein ausgesprochen worden, daß der Mangel der gerichtlichen Form der Schenkung durch die Uebergabe des Schuldscheins an den Beschenkten und die Einziehung der Forderung seitens desselben geheilt werde, sofern der Wille des Schenkenden, daß der Geschenknehmer an seiner Stelle den Besitz der Gelder für sich selbst ergreife, zur Zeit der Erhebung der Gelder noch fortdauert. (Aufhebung wegen Nichtbeachtung dieser Rechtssätze.) IV. C. S. i. S. Geier c. Lehmann vom 29. Oktober 1888, Nr. 177/88 IV.

15. Die §§ 380 ff. I 14 A. L. R., welche von dem Rückbürgen handeln, stellen zwar den, der Vorschrift des § 283 daselbst, welcher das Verhältniß des Gläubigers zum Bürgen betrifft, entsprechenden Satz auf, daß der Hauptbürge verbunden ist, sich zuerst an den Hauptverpflichteten zu halten, ohne zugleich auf die in den §§ 297 ff. vorgesehenen Ausnahmefälle hinzuweisen, in welchen der Gläubiger unter Umgehung des Hauptschuldners sofort den Bürgen in Anspruch nehmen kann. Dies rechtfertigt jedoch nicht die Folgerung, daß das Gesetz dem Hauptbürgen die Befreiung von der Vorausklage in jenen Fällen habe versagen wollen. Das Verhältniß zwischen dem Hauptbürgen, der den Gläubiger befriedigt hat, und dem Rückbürgen ist dasselbe, wie das Verhältniß zwischen dem Gläubiger und dem Hauptbürgen. Der Rückbürge hat dem Hauptbürgen in derselben Weise Sicherheit zu gewähren, wie dieser dem Gläubiger. Es ist daher kein Grund ersichtlich, weshalb das Gesetz den Hauptbürgen dem Rückbürgen gegenüber ungünstiger habe stellen wollen, als den Gläubiger dem Hauptbürgen gegenüber, und die gegentheilige Annahme erscheint umsomehr ausgeschlossen, als durch § 384 a. a. O. dem Rückbürgen wegen der Befreiung von der Bürgschaft gegen den Hauptbürgen dieselben Rechte beigelegt sind, welche diesem gegen den Gläubiger zukommen. — Der Umstand, daß die Bestimmungen der §§ 297 ff. sich als Ausnahmen von der Regel des § 283 darstellen, steht der Anwendung derselben auf das Verhältniß zwischen Hauptbürgen und Rückbürgen grundsätzlich nicht entgegen; denn es handelt sich um eine im Institute der Bürgschaft begründete Rechtsnorm, nicht aber um ein Ausnahmegesetz, welches besondere, nicht ausdehnbare Fälle betrifft. IV. C. S. i. S. Brewing c. Reichow vom 25. Oktober 1888, Nr. 171/88 IV.

16. Das A. L. R. bestimmt (im Widerspruch mit dem römischen Recht), daß die Vindikation von Geld und Inhaberpapieren gegen den redlichen Besitzer nicht stattfindet, auch wenn dieselben noch unvermischt vorgefunden werden. Dagegen läßt es die Vindikation gegen den unentgeltlichen Erwerber unter den Voraussetzungen des § 46 I 15 zu. Es kann nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber in diesem zweiten Falle von den Grundsätzen des zur Zeit des Erlasses des A. L. R. geltenden gemeinen Rechts hat abweichen wollen, sondern es muß davon ausgegangen werden, daß die Worte des § 46 „unter obigen Umständen“ sich nur auf das im § 45 ib. gedachte Merkmal der Unterscheidbarkeit beziehen. Es mag möglich sein, daß die Redaktoren des A. L. R. an eine bestimmte, bei baarem Gelde in damaliger Zeit vorzugsweise übliche Aufbewahrungsart gedacht haben (wie Savigny, Obligationen-Recht Bd. I. S. 417 sagt), aber der Wortlaut des § 46 zwingt nicht zu der Annahme, daß die im § 45 gedachte Art der Aufbewahrung die für eine Feststellung der Unterscheidbarkeit allein maßgebende sein sollte. Mit Recht sagt vielmehr Bornemann (System, 2. Auflage Bd. II. S. 147), es sei zwar im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen, aber die ratio legis erheische, daß man den Beweis der Unterscheidbarkeit auch durch andere, als das im § 45 cit. speziell erwähnte Kriterium zulassen müsse. Sowohl die preußische Praxis (vergl. Striethorst, Archiv Bd. 37 S. 214) als die Doktrin (vergl. Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, 5. Auflage Bd. III. § 180 S. 277—278, Dernburg, Privatrecht I. § 188, 3; Gruchot, Beiträge, Bd. 14 S. 614, Bd. 17 S. 626 u. s. w.) haben denn auch nicht bezweifelt, daß die Identität vindizirter Inhaberpapiere durch deren Nummern dargethan werden könne. Geht man aber davon aus, daß es nur auf die Unterscheidbarkeit ankommt, so ist die Frage, ob diese im gegebenen Falle vorliegt, eine Thatfrage. Der B. R. war deshalb hier nicht behindert, auf Grund anderer Merkmale, als der Nummern die Unterscheidbarkeit der Banknoten festzustellen. Der Angriff der Bekl. gegen diese Feststellung kann nach § 524 der C. P. O. keinen Erfolg haben. — Daß das zweite Erforderniß des § 46 cit. — unentgeltliches Ueberkommen der Papiere — hier vorliegt, bedarf nach dem oben Gesagten keiner Ausführung. Die Entscheidung des B. R., daß die Klage nach §§ 45 bis 47 des A. L. R., Thl. I., Tit. 15, begründet sei, kann sodann nicht für rechtsirrthümlich erachtet werden. Die Bekl. hat endlich eingewendet, daß die Bedingungen zur Anwendung des § 80 des A. L. R. Thl. I. Tit. 20 gegeben seien, und daß sie also nicht zur Herausgabe der Banknoten ohne Ersatz verurtheilt werden dürfe. Dieses Gesetz bestimmt, daß ein Gläubiger, welcher zum Besitz des Pfandes nach der Vorschrift Tit. 15 § 25 redlicher Weise gelangt, zur Ausantwortung desselben an den Eigenthümer nur gegen Entrichtung dessen, was er dem Schuldner darauf wirklich gegeben hat, verpflichtet ist. Der B. R. hat, im Gegensatz zu der Entscheidung des I. R., befunden, daß der § 80 cit. nicht verwendbar sei. Der Grund für diese Entscheidung ist nicht klar ausgesprochen. Denn der im II. Urtheil mehrfach angeführte Umstand, daß der

Kl. nach § 690 der C. P. O. zur Anstellung der Interventionsklage (formell) berechtigt sei, erledigt nicht den Einwand der Bekl., daß ihr als redlicher Besitzerin einer verpfändeten, dem Schuldner nicht gehörigen Sache das Einlösungsrecht zustehe. Dieser Mangel kann jedoch zu einer Aufhebung des II. Urtheils nicht führen, weil die Einrede für rechtlich unbegründet erachtet werden muß. Es steht fest, daß der Gläubiger durch die Pfändung ein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstand erwirbt. C. P. O. § 709. Dieses Pfandrecht unterliegt in Betreff seiner Voraussetzungen und Wirkungen den allgemeinen Vorschriften über Pfandrechte. Insbesondere findet die Bestimmung des § 72 des A. L. R. Thl. I. Tit. 20, wonach die Sache bei Begründung des Pfandrechts zum Vermögen des Schuldners gehören muß, auch auf das Pfändungspfandrecht Anwendung (vergl. von Wilmowski-Levy, Kommentar zur C. P. O. § 709, Note 1, 5. Auflage S. 918). Von diesem Grundsatz enthält auch der § 80 cit. keine Ausnahme, denn er giebt dem redlichen Gläubiger, welchem der Pfandbesitz an einer fremden Sache vom Schuldner übertragen wird, kein Pfandrecht, sondern nur einen Anspruch auf Ersatz desjenigen, was er zum Zwecke des Besitzerwerbs aus seinem Vermögen aufgewendet hat. Mit Recht sagt Eccius (Pr. Privatrecht III. § 164 Note 38 5. Auflage, S. 115), daß der Vindikant, welchem eine Einrede aus § 80 cit. entgegengestellt wird, das Pfandrecht des Gläubigers nicht anerkennt (sonst könnte er ja nicht vindiziren), sondern nur dasjenige erstatten muß, was der Gläubiger behufs Erlangung des Pfandbesitzes auf Grund eines lästigen Vertrages hingegeben hat. (Vergl. auch Rehbein, Entscheidungen des Obertribunals, 9. Lieferung S. 433—436 Anm.) Geht man aber davon aus, daß die Bekl. durch die Pfändung der dem Kl. gehörigen Banknoten bei ihrem Schuldner kein Pfandrecht an denselben erworben hat, so kann sie das jetzt prätendirte Recht auch nicht aus § 709 der C. P. O. herleiten, denn dieses Gesetz hat nicht beabsichtigt, dem Gläubiger Ansprüche zu gewähren, welche nach dem betreffenden Landrecht nicht aus dem Pfandrecht selbst folgen, sondern aus Rücksicht auf den Schutz des redlichen Verkehrs mit dem Besitzerwerb an fremden Sachen durch lästigen Vertrag zufolge besonderer Vorschriften verbunden sind. — Hier kommt noch weiter hinzu, daß bei Lage der Sache nicht anzunehmen ist, die Bekl. habe für den Besitzerwerb an den Banknoten etwas aus ihrem Vermögen aufgewendet. Es ist richtig, daß die Pfandbestellung für eine bereits existirende Forderung ein entgeltliches Rechtsgeschäft bildet, weil es sich dabei nicht um eine neue, den Gläubiger bereichernde Zuwendung, sondern um die Sicherung eines schon bestehenden Rechts handelt (vergl. Entscheidungen des R. G. in Civilsachen, Bd. II. S. 258, Bd. VI. S. 85, Bd. IX. S. 100, 103), aber für das Einlösungsrecht hat das Gesetz in § 80 cit. weiter vorgeschrieben, daß nur der Ersatz des „wirklich Gegebenen" verlangt werden kann. Hier hat die Bekl., um den Besitz der Banknoten zu erlangen, nichts gegeben. Ihr Anspruch an ihren Schuldner besteht unverändert fort. Es liegt nur ein Versuch vor, ihn im Wege der Zwangsvollstreckung zu realisiren. V. C. S. i. S. Ismer c. von Rutkowski, vom 17. Oktober 1888, Nr. 168/88 V.

17. Der § 492 Thl. II Tit. 1 A. L. R. enthält in Bezug auf wechselseitig von einander abhängige (correspective) letztwillige Verfügungen, wie sie hier vorliegen, allerdings die Bestimmung, daß der überlebende Testator nach der Annahme der Testaments-Erbschaft auch von seinen eignen Verordnungen nicht wieder abgehen kann. Allein hierdurch sind diese auch nach dem bezeichneten Zeitpunkte nicht schlechthin für unabänderlich erklärt. Schon der Wortlaut des § 492 schließt nicht aus, daß correspective ebenso wie einseitige letztwillige Verfügungen durch alle späteren Ereignisse betroffen werden, welche nach allgemeinen Bestimmungen den letzten Willen unabhängig von einer neuen Willenserklärung des Testators ganz oder theilweise entkräften, wie dieses z. B. nach § 454 Thl. II Tit. 2 A. L. R. bei der späteren Geburt von Kindern desselben der Fall ist. Vergleiche Striethorst Archiv, Bd. 54 S. 154 ff. Nach ihrem Sinne will aber die gedachte Vorschrift dem überlebenden Testator überhaupt nur den willkürlichen Widerruf seiner Verfügungen untersagen. Von diesem ist die Enterbung aus einem gesetzmäßigen Grunde zu unterscheiden. Denn einestheils besteht das Wesen der letzteren nicht in dem Widerruf früherer Zuwendungen, da sie solche überhaupt nicht voraussetzt, sondern in dem Ausschluß des gesetzlichen Pflichttheilsrechts, welcher den Wegfall abweichender Verfügungen auch ohne deren besonderen Widerruf von selbst zur Folge hat; andererseits beruht eine Enterbung nicht auf der bloßen Willkür des Testators, weil sie an das Vorhandensein eines gesetzlichen Grundes gebunden ist, wennschon es seiner freien Entschließung überlassen bleibt, von demselben Gebrauch zu machen. Daß der § 492 a. a. O. sich nur auf willkürliche Widerrufserklärungen, nicht auf Enterbungen bezieht, ergiebt sein Zusammenhang mit § 564 Thl. I Tit. 12 A. L. R. Der letztere bestimmt im Einklange mit dem gemeinen Rechte, daß jede einseitige letztwillige Anordnung von dem Testator bis zu seinem Ableben ganz oder theilweise widerrufen oder abgeändert (unter Substituirung einer andern widerrufen) werden kann, und ist zweifellos nicht von Enterbungen, sondern lediglich von dem willkürlichen Widerruf zu verstehen. Nach gemeinem Rechte war es jedoch streitig, ob und inwieweit dieser beliebige Widerruf auch bei correspectiven letztwilligen Verfügungen zuläßig sei. Vergleiche Hotzschuher, Theorie und Casuistik, Bd. 2, Abtheilung 2 Capitel 3 § 5 D. Nr. 2; Dernburg Pandekten, Bd. 3, § 97, und Preußisches Privatrecht, Bd. 3, § 184, Note 12. Offenbar will der § 492 Thl. II Tit. 1 A. L. R. nur diese Streitfrage entscheiden. Der Ausdruck „abgehen" bezeichnet daher in demselben nur kürzer, was der § 564 Thl. I Tit. 12 unter „ganz oder zum Theil widerrufen oder abändern" versteht, nämlich ebenfalls nur den willkürlichen Widerruf, wie denn geradezu der letztere Ausdruck in dem an die §§ 492 und 493 a. a. O. sich unmittelbar sich anschließenden § 494 daselbst gebraucht ist. Nach der letztgedachten Vorschrift können sich in einem wechselseitigen Testamente beide Testatoren jedes Widerrufs ihrer Verfügungen ausdrücklich begeben. Ebenso zuläßig würde es sein, daß sie diesen sich ausdrücklich schlechthin gestatten. Es fragte sich aber, was in Ansehung der Zuläßigkeit desselben gelte, wenn die Testatoren eine bezügliche Bestimmung nicht ausdrücklich getroffen haben. Dies eben regelt der § 492 und augenscheinlich beruht seine Vorschrift auf der Annahme, daß es in Ermangelung ausdrücklicher Bestimmung der muthmaßlichen Absicht der Testatoren am meisten ent-

spricht, jedem derselben den willkürlichen Widerruf der von ihnen getroffenen Verfügungen bis zu seinem Erbschaftsantritt zu gestatten, **später** dagegen ihn auszuschließen. Auch hieraus ergiebt sich, daß die Vorschriften über Pflichttheilsrecht und über dessen Ausschluß durch Enterbung von dem § 492 nicht berührt werden. Denn diese Vorschriften sind zwingender Natur (publici juris) und daher in ihrer Anwendung von der Privatwillkühr unabhängig; auch der **muthmaßlichen** Absicht der Testatoren sollte deshalb, wie anzunehmen in dieser Hinsicht kein Einfluß gestattet werden. Der Einwand, daß der von dem überlebenden Testator in einer correspectiven Verfügung Bedachte durch nachträgliche Enterbung nicht mehr eines Rechts beraubt werden könne, welches er durch den Erbschaftsantritt desselben bereits erworben habe, erscheint als unbegründet. Denn ein **erworbenes Recht** an dem künftigen Nachlaß eines Lebenden ist in dem bezeichneten Falle eben so wenig wie sonst anzuerkennen. Vielmehr hat der Bedachte, wie schon das Revisionsurtheil des Vorprozesses ausspricht, auch hier nur die **rechtliche Aussicht**, das ihm von dem Testator Ausgesetzte nach dessen **Tode** zu erwerben, diese Aussicht aber kann, wenngleich sie durch § 492 a. a. O. gegen die **Willkür** des letzteren in gewissem Umfange geschützt ist, eben durch eine gesetzmäßige Enterbung noch immer zerstört werden. Uebereinstimmend hiermit äußern sich: **Gruchot**, Erbrecht Bd. 2 S. 507, **Förster-Eccius**, Theorie und Praxis, (5. Aufl.) Bd. 4, § 257, bei Note 43 (vergl. Note 34) und **Dernburg**, Preußisches Privatrecht, Bd. 3, § 184 a. E. Auch steht die scheinbar abweichende Ausführung von **Bornemann**, systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts, (1. Aufl.), Bd. 6 § 449 (ad 1) aus dem Grunde nicht entgegen, weil sie sich nur auf ein gemeinschaftliches Testament bezieht, in welchem jeder Ehegatte nicht über sein besonderes Vermögen wie im vorliegenden Falle, sondern über das beiderseitige Vermögen als ein **gemeinschaftliches** verfügt hat. VI. C. S. i. S. Kießler c. Erben Zwinger vom 29. Oktober 1888, Nr. 275/88 VI.

18. Wie das R. G. bereits in dem Urtheile vom 10. November 1887 (Entscheidungen in Civilsachen Bd. 19 S. 348) mit ausführlicher Motivirung dargelegt hat, ist im Geltungsbereiche des A. L. R. für die Frage nach der Haftpflicht der juristischen Personen oder Korporationen von entscheidender Bedeutung, ob ein eignes Versehen der Korporation oder nur ein persönliches Verschulden ihrer Vertreter oder Beamten vorliegt. Für ersteres haftet die Korporation gemäß § 82 Tit. 6 Thl. II des A. L. R. gleich einer physischen Person, für letzteres ist sie nur nach Maßgabe der §§ 50—53 Tit. 6 Thl. I verantwortlich. Die Annahme eines eigenen Versehens der Korporation aber setzt ein Doppeltes voraus, einerseits, daß diejenigen, welche als Vertreter der Korporation gehandelt haben, zu deren Vertretung in Bezug auf Willensakte gesetzlich befugt waren und im speziellen Falle auf Grund ihrer Vertretungsbefugniß und in den Grenzen derselben thätig geworden sind, andererseits, daß der Korporation als solcher die Verpflichtung oblag, Aufmerksamkeit anzuwenden, daß sie den Gesetzen gemäß handele. §§ 16, 17 Tit. 3 Thl. I.) Eine solche Verpflichtung der Korporation kann nicht blos, wie der Vorderrichter in zu enger Auffassung der gesetzlichen Bestimmungen meint, durch Vertrag oder durch ein „spezielles" Gesetz begründet werden, sie tritt vielmehr überall ein, wo die Korporation handelnd in den Rechtsverkehr eingreift und mit ihrem Eingreifen zu anderen Personen in rechtliche Beziehungen tritt, welche eine Beschädigung dieser Personen zur Folge haben können. VI. C. S. i. S. v. Plessen c. Das Kur- und Neumärkische Ritterschaftliche Kredit-Institut vom 15. Oktober 1888, Nr. 175/88 VI.

19. Daraus, daß die Vermögensrechtsfähigkeit der Gemeinden, gewisser größern kommunaler Verbände (der Kreise und Provinzen) und des Staates gesetzlich anerkannt, und aus dem Zwecke, zu welchem dies geschehen ist, ergiebt sich von selbst, daß jeder dieser Verbände der Träger derjenigen Vermögensrechte ist, welche zur Erfüllung seiner öffentlich-rechtlichen Aufgaben bestimmt sind. Die Sorge für den lokalen Verkehr ist in der Regel nach Sache der Gemeinden (und Gutsbezirke), und deshalb sind auch diese, je für ihren Bezirk, die Trägerinnen der aus der Bestimmung der Wege für den öffentlichen Verkehr sich ergebenden Vermögensrechte. Den größeren kommunalen Verbänden, deren Aufgabe auf die gemeinschaftlichen Angelegenheiten der in ihnen vereinigten kleineren kommunalen Einheiten beschränkt ist, wozu der Verkehr innerhalb der einzelnen und zwischen den verschiedenen Gemeindebezirken nicht gehört, stehen nun ausnahmsweise auf Grund besonderer Titel Vermögensrechte an den Wegen zu (Anlegung von Wegen durch diese Verbände, Eigenthumsübertragung durch Gesetz, z. B. das vom 8. Juli 1875). Das ist auch im Allgemeinen unbestrittenen Rechtens; so unterscheidet Dernburg, preußisches Privatrecht I. § 257 unter den öffentlichen, dem allgemeinen Verkehr gewidmeten Wegen grundsätzlich nur Land- und Heerstraßen und Gemeindewege. Daß das den Gemeinden an den Gemeindewegen zustehende Vermögensrecht **Eigenthum** sei, folgt allerdings aus deren Zweckbestimmung nicht nothwendig; denkbar ist auch ein den Gemeinden zustehendes Nutzungsrecht für den Verkehr neben dem Eigenthum eines Andern an dem Wegekörper. Der B. R. verstößt aber nicht gegen Rechtsnormen, wenn er, dieses als Ausnahmeverhältniß ansehend, aus den auf Seiten der Gemeinde festgestellten Besitzhandlungen (Benutzung der Wege für den öffentlichen Verkehr, Bepflanzung und Unterhaltung) eine Vermuthung für das Eigenthum der Gemeinde, wie sie dem vollständigen Besitze überhaupt zur Seite steht, herleitet, welche durch Gegenbeweis entkräftet werden müßte, aber nicht entkräftet worden ist, da der Separationsrezeß kein Eigenthum und keinen Eigenthumsanspruch eines Andern beurkundet, und der Bekl. sich, statt einen andern Eigenthümer auch nur zu nennen, auf die Andeutung der Möglichkeit beschränkt hat, daß ein solcher existire (in den Worten: „aus der Oeffentlichkeit des Weges folge **nicht ohne Weiteres** ein Eigenthumsrecht der Gemeinde"). V. C. S. i. S. Fiskus c. Gemeinde Schöneberg vom 24. Oktober 1888, Nr. 181/88 V.

VII. Sonstige Preußische Landesgesetze.

Zum Allgemeinen Berggesetz.

20. Versteht man unter dem Hangenden das gesammte Deckgebirge bis zu Tage also einschließlich der Erdoberfläche, so kann doch die letztere als im Sinne des § 135 des Allgemeinen Berggesetzes zur **Benutzung** für den Bergbau in Anspruch genommen nicht angesehen werden, wenn die Niederziehung des Hangenden für den planmäßigen Fortbetrieb des Bergbaues nur

insoweit nothwendig ist und demgemäß von dem Bergbautreibenden erstrebt wird, als dies zur Ausfüllung der ausgekohlten Abtheilung erforderlich, die Fortpflanzung des Einbruchs aber bis zur Tagesoberfläche durch die Zwecke des Bergbaues nicht geboten ist. V. C. S. i. S. Fiskus c. Gewerkschaft Ver. Friederike vom 27. Oktober 1888, Nr. 187/88 V.

21. Die Gründe, aus denen der B. R. den aus § 150 des Allgemeinen Berggesetzes erhobenen Einwand verworfen hat, lassen in wesentlichen Punkten eine rechtsirrthümliche Auffassung erkennen. Eine solche zeigt sich zunächst schon darin, daß der B. R. dem Tagebruch, welcher nach der Behauptung der Bekl. unmittelbar vor Beginn des Baues und in unmittelbarer Nähe der Baustelle eingetreten sein soll, jede Erheblichkeit im Sinne des § 150 a. a. O. aus dem Grunde abspricht, weil jener Tagebruch nicht auf denselben Abbau zurückzuführen sei, wie die später eingetretenen Beschädigungen der klägerischen Gebäude. In dem von dem B. R. hierbei in Bezug genommenen Urtheil des R. G. (Brassert Bd. 31 S. 1047) ist als Rechtsgrundsatz aufgestellt: „daß nicht schon die Thatsache allein, daß der Grundbesitzer bei Errichtung eines demnächst beschädigten Gebäudes eine demselben durch den Bergbau drohende Gefahr überhaupt voraussehen mußte, zur Ausschließung des Entschädigungsanspruchs genügt, daß vielmehr die spezielle Gefahr voraussehbar gewesen sein muß, welche sich demnächst in dem entstandenen Schaden verwirklicht hat, daß also das dem Grundbesitzer zur Last fallende Versehen nicht in abstracto, sondern nach dem wirklich eingetretenen Schaden und dessen Ursache in concreto beurtheilt und festgestellt werden muß." Der diese Entscheidung veranlassende Rechtsfall lag so, daß der damalige Kl. in der That im Sinne des § 150 des Allgemeinen Berggesetzes unvorsichtig gebaut und dadurch den Anspruch auf Ersatz des demnächst eingetretenen Schadens verwirkt hatte, daß aber nach Beseitigung dieses ersten Schadens ein neuer Schade in Folge eines von einem andern Schachte her betriebenen Bergbaues eingetreten war; es hatte nun der B. R. ausdrücklich festgestellt, daß der Kl. zur Zeit des Baues seines Hauses die durch den späteren Bergbau drohende Gefahr nicht vermuthen konnte, und auf Grund dieser Feststellung den aus § 150 a. a. O. erhobenen Einwand verworfen. Dies ist vom R. G. gebilligt und dabei jener Grundsatz ausgesprochen worden. — Diesen Rechtsgrundsatz, zu dessen direkter Anwendung das festgestellte oder zu unterstellende Sachverhältniß keine Veranlassung bot, hat nun der B. R. herangezogen, um einem von der Bekl. zum Nachweise des dem Kl. zur Last gelegten Versehens vorgebrachten Umstande auch jede thatsächliche Erheblichkeit abzusprechen und denselben von der Beurtheilung des von der Bekl. beigebrachten Beweismaterials von vornherein auszuscheiden. Es folgt aber aus jenem Grundsatz keineswegs, daß ein zur Zeit des Baues in unmittelbarer Nähe des letzteren offensichtlich vorhandener frischer Bergschaden bei Beantwortung der Frage, ob der Bauende die auch ihm durch den Bergbau drohende und später verwirklichte Gefahr bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit voraussehen konnte, blos um deshalb nicht von Erheblichkeit sein kann, weil der spätere Schaden auf einen andern Abbau, als der frühere zurückzuführen ist; zumal wenn dieser spätere unternommene Abbau nicht nur in demselben Grubenfelde, sondern auch in demselben Feldestheil umgeht. Der von dem B. R. angewendete Rechtsgrundsatz rechtfertigt also nicht die Ausscheidung der fraglichen Thatsache aus dem übrigen Beweismaterial, und es erscheint daher hinsichtlich dieses Umstandes auch der Vorwurf der Rkl. nicht ohne Grund, daß der B. R. seine Prüfung nicht dahin gerichtet hat, ob nicht das Zusammentreffen aller von der Bekl. behaupteten Umstände dem Justizrath Cremer die drohende Gefahr hätte einleuchtend machen müssen. Mit Recht legt aber die Revision dem B. R. ferner eine Verletzung des § 150 des Allgemeinen Berggesetzes zur Last. Es liegt in der Natur der Sache, daß derjenige, welcher an einer im Bereiche umgehenden Bergbaues belegenen Stelle neue Gebäude errichtet, seine Aufmerksamkeit nicht blos auf den damaligen Stand des Bergbaues, sondern auch auf die voraussichtliche weitere Entwickelung des Betriebes der in Frage kommenden Bergwerke zu richten hat. Das ist auch in dem von dem B. R. in Bezug genommenen Urtheil des R. G. dahin ausgesprochen: es sei „ein wesentliches Gewicht darauf nicht zu legen, daß der schadenbringende Abbau von einem andern Schachte aus, als der zur Zeit der Errichtung des Hauses in Betrieb gestandene, betrieben worden ist; immerhin müsse aber bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit voraussehbar gewesen sein, daß in dem bezüglichen Feldestheil künftig der Bergbau in die Gebäude des Kl. gefährdender Weise werde betrieben werden." Es ist ferner dort in Uebereinstimmung mit der Entscheidung des Obertribunals vom 20. Oktober 1873 (Brassert Bd. 16 S. 103) zwar gesagt, die bloße Möglichkeit der Ausdehnung der zur Zeit der Errichtung vorhandenen Grubenbaue genüge zur Begründung des Einwandes aus § 150 nicht. Daraus folgt aber auf der andern Seite nicht, daß diese Ausdehnung schon als gewiß bevorstehend, weil wirthschaftlich nothwendig erkennbar war. Derjenige, welcher eine gefahrdrohende Ausdehnung des Bergbaues auch nur als wahrscheinlich voraussah, oder bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit voraussehen mußte, handelt im Sinne des § 150 fahrlässig, wenn er unter Nichtachtung der Gefahr Gebäude auf der durch die voraussichtliche Ausdehnung des Bergbaues, wenn auch erst in Zukunft gefährdeten Stelle errichtet. Daß der B. R. dies verkennt, ergiebt sich aus seinen Erwägungen: es sei aus den übrigen (nämlich außer dem Tagebuch) vorgebrachten Thatsachen nicht zu schließen, daß der spätere Abbau hätte ausgeführt werden müssen, — es habe nicht vorausgesehen werden können, — daß selbst auf die Gefahr einer Schädigung der Gebäude hin die Ausführung der Abbaue mit Rücksicht auf die Vorbereitungskosten zur wirthschaftlichen Nothwendigkeit werde. Bei diesen Erwägungen steht aber der B. R. unter dem Einfluß noch eines weiteren, vorzugsweise wesentlichen Rechtsirrthums. Er meint nämlich, der Kl. habe davon ausgehen dürfen, daß der Bergwerkseigenthümer selbst Sicherungsmittel zum Schutz der Gebäude ergreifen würde. Diese Meinung ergiebt sich schon in dem oben citirten Satze aus den Worten: „selbst auf die Gefahr einer Schädigung der Gebäude hin," und ebenso aus dem Satze: „es hängt deren (der durch Bodenbewegung entstehenden Schäden) Eintritt von der Lage der abzubauenden Flötze und von den Sicherheitsmitteln ab, welche der Bergbautreibende gegen jene Bewegungen trifft;" und sie ist außerdem in folgenden Sätzen ausdrücklich ausgesprochen: es konnte nicht vorausgesehen werden, „daß der Eigenthümer des Bergwerks, welcher die

Häuser wahrnahm und die Lage der Flötze zu denselben, sowie die Wirkung des Abbaues auf dieselben besser kannte und beurtheilen konnte, als der Grundeigenthümer, ohne genügende Sicherheitsmittel abbauen würde," und: „denn der Grundeigenthümer ist zu der Annahme berechtigt, daß der Bergbautreibende den Abbau so einrichten werde, daß kein Schaden eintreten werde." Diese Erwägungen beruhen auf einer Verkennung des Begriffs des Berwerkseigenthums. Das Bergwerkseigenthum steht nicht blos gleichberechtigt neben dem Grundeigenthum; sondern erweist sich bei einer Kollision mit diesem überall als das stärkere, da es begrifflich als eine Beschränkung und Belastung des Grundeigenthums sich darstellt, oder doch eine solche in sich schließt (§ 1 ff., § 135 ff., § 148 ff. Allgemeinen Berggesetzes). Umgekehrt ist der Bergwerkseigenthümer in Ausübung seines Betriebs durch die Rechte des Grundeigenthümers in keiner Weise beschränkt, soweit er nicht das Grundstück unmittelbar (die Erdoberfläche) zu bergbaulichen Zwecken in Anspruch nimmt (§ 135 ff. a. a. O.). Die polizeilichen Verordnungen, welche den Schutz der Oberfläche im Interesse der persönlichen Sicherheit und des öffentlichen Verkehrs bezwecken (§ 146 ff. a. a. O.), haben keinen privatrechtlichen Charakter und erstrecken sich nicht über den angegebenen Zweck hinaus, sind also insbesondere nicht dazu bestimmt, das Grundeigenthum selbst vor der Beschädigung durch den Bergbau zu schützen. Die gesetzliche Verpflichtung des Bergwerkseigenthümers zum Ersatz des durch den Bergbau dem Grundeigenthum zugefügten Schadens (§ 148 a. a. O.) stellt sich nicht als eine Einschränkung des Bergbautreibenden in seinen Befugnissen dar, sondern bildet das Korrelat gerade für die (abgesehen von bergpolizeilichen Vorschriften) unbeschränkte Befugniß des Bergwerkseigenthümers, sein Recht auch zum Schaden des Grundeigenthümers auszuüben. Bei dieser Rechtsausübung hat der Bergwerkseigenthümer (soweit nicht polizeiliche Anordnungen in Frage kommen) einzig und allein sein eigenes Interesse zu Rathe zu ziehen. Dieses sein eigenes Interesse wird ihn allerdings dahin führen, vorhandene Gebäude zu schonen, soweit nicht etwa der Vortheil, der ihm dadurch entgeht, den Nachtheil übersteigt, welcher ihm aus seiner Ersatzpflicht erwächst. Aber das setzt eben voraus, daß diese Ersatzpflicht vorhanden ist. Ist dieselbe im Fall des § 150 a. a. O. ausgeschlossen, so wird der Bergbautreibende keinen Grund haben, auf die Gebäude irgend welche Rücksicht zu nehmen, insbesondere Sicherheitsmittel anzuwenden, damit dieselben durch den Bergbau keinen Schaden erleiden. Es kann also bei Beurtheilung der Frage, ob der Grundeigenthümer bei der Errichtung von Gebäuden im Sinne des § 150 unvorsichtig verfahren ist, keineswegs zu seinem Gunsten in Betracht gezogen werden, daß derselbe auf Schonung der Gebäude von Seiten des Bergbautreibenden gerechnet hat. Im Gegentheil würde eine derartige Erwägung des Bauenden eher darauf hindeuten, daß er sich der den Gebäuden drohenden Gefahr bewußt gewesen ist. V. C. S. i. S. Union c. Cremer vom 28. Oktober 1888, Nr. 185/88 V.

Zu den Grundbuchgesetzen.

22. Die Streitfrage, ob als „eingetragener Eigenthümer", dessen Auflassung, wenn sie gegen Entgelt und im redlichen Glauben an die Richtigkeit des Grundbuches entgegengenommen worden ist, nicht angefochten werden kann, auch derjenige anzusehen sei, welcher seine Eintragung als Eigenthümer auf Grund jener älteren Gesetze erlangt hat, ist in dem Urtheil des R. G. vom 19. Juni 1886 (Entsch. Bd. 16 S. 225) bejahend entschieden worden. Insoweit besteht, wie jenes Urtheil sagt, kein Unterschied hinsichtlich der Wirkungen der Auflassung zwischen dem vor und während der Herrschaft der Gesetze vom 5. Mai 1872 eingetragenen Eigenthümer. Aber auch der Satz gilt, wie der B. R. weiter mit Recht annimmt, ohne diesen Unterschied, daß der Eingetragene nur das mit Rechtswirkung auflassen kann, was als sein Eigenthum eingetragen ist, und was dies sei, kann nur nach den die Eigenthumseintragung selbst beherrschenden Gesetzen, also im vorliegenden Falle nur nach den älteren Gesetzen beurtheilt werden. V. C. S. i. S. Fiskus c. Gemeinde Schöneberg vom 24. Oktober 1888, Nr. 181/88 V.

Zum Erbschaftssteuergesetz.

23. Das Gesetz enthält eine Modifikation gegen die früheren Vorschriften (Deklaration vom 27. Juni 1811, Gesetzsamml. S. 313, Kabinetsordre vom 16. Januar 1827, vergl. Hoyer, Preußische Steuergesetzgebung 4. Aufl. S. 71) nur insofern, als zur Beseitigung der durch die letzteren hervorgerufenen Zweifel die Vorbedingungen, unter welchen milde Stiftungen von der Besteuerung befreit sein sollen, besonders festgesetzt sind, indem die Befreiung davon abhängig gemacht, daß die Stiftung als milde vom Staate ausdrücklich oder durch Verleihung der Rechte der juristischen Persönlichkeit anerkannt ist. Nach dem Sinne des Gesetzes kommt also die Steuerfreiheit nur den vom Staate ausdrücklich oder stillschweigend als solchen anerkannten milden Stiftungen zu Statten, während andere milde Stiftungen, wie Anfälle und Zuwendungen zu wohlthätigen und gemeinnützigen Zwecken im Allgemeinen, der Besteuerung nach der Tarifposition C. e. unterworfen sind. Daß dies die Auffassung des Gesetzes ist, wird durch die Motive zum Gesetzentwurfe (zu vergl. Hoyer a. a. O. Seite 903) bestätigt, und es ist vom B. R. im Anschlusse an die letzteren zutreffend hervorgehoben, daß der in der Tarifposition C. e. und der Befreiung 2 g. liegende Unterschied wesentlich darin zu finden ist, daß C. e. dem § 8 des Gesetzes entsprechend von der objektiven Besteuerung wohlthätiger Zuwendungen handelt, wogegen 2 g. die subjektive Befreiung der milden Stiftungen bezüglich der ihnen gemachten Zuwendungen anordnet. Es fehlt daher an jedem Anhalte, daß aus der Einfügung der Tarifposition C. e. ein Schluß zu ziehen sei auf eine beabsichtigte Aenderung bezüglich des Begriffs der milden Stiftung. Nach dem klaren Inhalte des Gesetzes ist nur der Umfang der Steuerfreiheit der milden Stifungen begrenzt, nicht aber der Begriff der milden Stiftung als solcher einschränkend bestimmt worden. — Daß der B. R. den Begriff der milden Stiftung im Allgemeinen richtig erkannt hat, wenn er davon ausgegangen ist, daß einer Stiftung, deren Zweck ausschließlich darin besteht, der Nothlage Hilfsbedürftiger zu steuern, der Charakter einer milden Stiftung beizulegen ist, kann mit Grund nicht bezweifelt werden. IV. C. S. i. S. Fiskus c. Corneliusstiftung vom 29. Oktober 1888, Nr. 175/88 IV.

Zum Enteignungsgesetz.

24. Nach § 8 des Enteignungsgesetzes vom 11. Juni 1874 soll die Entschädigung für die Abtretung des Grundeigenthums einschließlich der enteigneten Zubehörungen und Früchte und unter

Berücksichtigung der Bedeutung, welche das abgetretene Stück für den nicht abgetretenen Rest hat, zum vollen Werthe erfolgen. Darin liegt die Vorschrift nicht bloß, daß die Entschädigung nicht hinter diesem Maße zurückbleiben, sondern auch, daß sie dasselbe nicht überschreiten soll. Sie gilt sowohl für die Verwaltungsbehörde, welche die vorläufige Bestimmung der Entschädigung zu treffen hat, wie auch für den Richter. Dieser würde aber außer Stande sein, der ihm gegebenen Aufgabe zu genügen, wenn er an die Positionen, aus denen sich die Summe der Entschädigung im Verwaltungsverfahren bildet, insoweit gebunden sein sollte, als sie nicht angegriffen sind. Er würde dadurch zu einer Schätzung gelangen können, welche im Widerspruch stände mit seiner Ueberzeugung von der Höhe des vollen Werthes des Gegenstandes der Enteignung oder doch behindert sein, sich eine solche Ueberzeugung zu verschaffen. Hat nur der von der Enteignung betroffene Theil den Rechtsweg beschritten, so bleibt die bezeichnete Aufgabe an sich dieselbe, nur mit der Maßgabe, daß der Unternehmer die gegen ihn im Vorverfahren festgestellte Entschädigungssumme zahlen muß, wenn sich auch finden sollte, daß dieselbe nach richterlicher Schätzung zu hoch gegriffen ist. V. C. S. i. S. Welz c. Reichsmilitärfiskus vom 27. Oktober 1888, Nr. 186/88 V.

VIII. Das Französische Recht (Badische Landrecht).

25. Zum Thatbestand der groben Verunglimpfung (L. R. S. 231) gehört zwar der rechtswidrige Vorsatz, also das Bewußtsein eines das Gefühl oder die Ehre des anderen Ehegatten in empfindlichster Weise verletzenden Benehmens, allein es ist dazu nicht die Absicht einer Ehrenkränkung oder eine feindselige Gesinnung erforderlich. Dies wurde bereits in dem Urtheile des R. G., II. C. S. i. S. Kaiser c. Kaiser vom 17. April 1883 (abgedruckt in den Annalen der Badischen Gerichte Bd. 49 (1883) S. 200) näher ausgeführt. II. C. S. i. S. Walther c. Walther vom 6. November 1888, Nr. 217/88 II.

26. Es erscheint die Rüge der Revision als begründet, daß das O. L. G. den L. R. S. 273 verletzt habe, indem es die der Versöhnung vorausgegangenen Vorfälle unberücksichtigt ließ, weil die Vorgänge in H. als eine neue Scheidungsursache nicht zu betrachten seien. Das B. G. hat aus der von H. ausgeführten Korrespondenz festgestellt, daß abermals eine Versöhnung unter den Parteien eingetreten war, so daß auch die Vorgänge in M. als verziehen gelten müßten, allein dies schloß nach L. R. S. 273 nicht aus, von letzteren zur Unterstützung der neuen Scheidungsursache Gebrauch zu machen, was im Eingang der Gründe auch anerkannt wird. Die Prüfung, ob eine solche neue Scheidungsursache vorliege, hatte daher jene der Versöhnung vorausgegangenen Beleidigungen mitzuumfassen; das Zurückgreifen auf letztere wäre für den Kl. ohne Bedeutung, wenn es nur gestattet wäre, falls eine neue Scheidungsursache für sich allein vollständig nachgewiesen ist. Siehe Entscheidung bei voriger Nummer.

27. Das O. L. G. hat in wesentlich thatsächlicher Beurtheilung festgestellt, daß der Weg, von dem es sich handelt, als ein im Miteigenthum der Parteien stehender sogenannter Kultur- oder Exploitations-Weg anzusehen, der von denselben mit der stillschweigenden, in der Herstellung sich vollziehenden Vereinbarung, daß er nur der Bewirthschaftung der angrenzenden Grundstücke dienen solle, geschaffen sei. Diese Feststellung entspricht der bezüglich der genannten Art von Wegen in Rechtslehre und Judikatur anerkannten Auffassung, vergl. Entscheidungen des R. G. Bd. XV p. 330 und die dortigen Citate. Zutreffend ist sodann von dem O. L. G. weiter angenommen, daß das Rechtsverhältniß der Parteien, was den fraglichen Weg betrifft, durch die Entstehung und den Zweck desselben beherrscht werde, hiernach aber der Kl. einer bestimmungswidrigen Benutzung zu widersprechen berechtigt erscheine. Wenn nun demgegenüber der Bekl. den Versuch macht, aus dem abstrakten Begriffe des Miteigenthums das Recht der freien Benutzung des Weges für sich herzuleiten, und in letzterer Beziehung eine Schranke nur insoweit anerkennen will, daß dieselbe nicht zur Beeinträchtigung des Kl. gereichen dürfe, so ist das von dem hier maßgebenden Rechtsstandpunkte aus verfehlt. II. C. S. i. S. Schmitz c. v. Salomon vom 2. November 1888, Nr. 196/88 II.

28. Der Inhalt der vom Kl. beanspruchten Dienstbarkeit besteht in dem Rechte, auf dem dienenden Grundstücke, welches dem Bekl. gehört, einen Graben zu haben, mittelst dessen das durch eine andere künstliche Anlage aus dem Gewann Krummprügel nach dem Graben (Kandel) zugeführte Wasser dem Altbache und damit der Mühle des Kl. zugeleitet werden soll. Herrschendes Grundstück ist die Mühle des Kl., bezüglich welcher das B. G. feststellt, daß sie in einem hierfür errichteten Gebäude angebracht sei. Eine solche Mühle, Mühlwerk und Gebäude zusammen, sind aber eine Gewerbsanlage (ein bâtiment), wofür eine Grunddienstbarkeit bestellt werden kann. C. c. 687. Da hiernach der Altbach nicht als das herrschende Grundstück anzusehen ist, kann gar nicht in Frage kommen, ob der Grundsatz: „servitus servitutis esse non potest" im rheinischen Rechte gelte und ob er vom B. G. verletzt worden sei. Dieses hat überdieß zutreffend darauf hingewiesen, daß es sich nicht darum handeln würde, eine Servitut (am Altbache) zum dienenden Objekte zu machen, sondern vielmehr darum, zu ihrem Vortheil eine anderweite Dienstbarkeit zu haben. Daß das Wasser nicht unmittelbar der Mühle, sondern zunächst dem Altbache und durch diesen jener zugeführt wird, ist unerheblich, denn, wie das B. G. richtig ausgeführt hat, ist die Regel: „praedia debent esse vicina" in das rheinische Gesetzbuch absichtlich nicht aufgenommen worden und bleibt es Thatfrage, ob ungeachtet einer zwischen den beiden Grundstücken bestehenden Entfernung die Dienstbarkeit dem Herrschenden noch zum Vortheile gereichen könne. C. c. 637. Das B. G. stellt aber fest, daß die Entfernung von der Stelle, an welcher das Wasser aus dem streitigen Graben in den Altbach fließe, nur eine kurze sei. Ob etwa zu einer derartigen Benutzung eines im allgemeinen Gebrauche stehenden Baches eine behördliche Genehmigung erforderlich sei, ist in den Instanzen nicht erörtert worden, auch nicht zur Begründung der Klage erforderlich, ebensowenig wie von Demjenigen, welcher für sein Grundstück ein Wegerecht beansprucht, der Nachweis verlangt wird, daß er das gleiche Recht auch an einem in der Mitte liegenden Grundstücke erworben habe. Vergl. Seuffert Archiv Neue Folge III. 204 VII. 296. II. C. S. i. S. Eppler c. Heimers vom 30. Oktober 1888, Nr. 194/88 II.

29. Auflösung eines Versicherungsvertrags wegen Nichterfüllung. Es mußte der Angriff für begründet erachtet werden,

welcher gegen die Verurtheilung zur Rückzahlung der Jahresprämie erhoben ist. Diese Verurtheilung wird darauf gegründet, daß durch den Eintritt der auflösenden Bedingung der Vertrag auch für die Vergangenheit hinfällig geworden sei. Der Grundsatz, welchen Art. 1183 des Bürgerlichen Gesetzbuchs aufstellt, daß mit Aufhebung der Verbindlichkeit Alles wieder in den Stand versetzt werde, als wenn die Verbindlichkeit nicht vorhanden gewesen wäre, kann, wie in der Wissenschaft und Rechtsprechung anerkannt wird, in Bezug auf thatsächliche Verhältnisse, welche der Natur der Sache nach nicht mehr ungeschehen gemacht werden können, nicht durchgeführt werden. Hierher gehören nicht nur Verwaltung, Genuß und Bezug der Früchte in der Zwischenzeit, sondern auch die für die vertragsmäßige Leistung gewährte Gegenleistung, deren nachträgliche Erstattung oder Zurückziehung thatsächlich unmöglich ist. Letzterer Fall liegt ähnlich wie beim Rentenvertrage (vergl. Demolombe XXV Nr. 464, Laurent XVII Nr. 121) bezüglich des für die Prämie vom Versicherer getragenen Risikos vor. Die ganze Prämie ist das Entgelt für das auch nur für einen Theil des Versicherungsjahres getragenen Risiko und muß daher für untheilbar erachtet werden. (Arg. Art. 1218 des Bürgerlichen Gesetzbuchs.) Dieser Grundsatz hat für das Seerecht im Art. 351 c. com. und 902 des Deutschen Handelsgesetzes (vergl. hierzu Protokolle S. 3635, 3637) gesetzlichen Ausdruck gefunden und wird in der Wissenschaft für jede Versicherung anerkannt (vergl. Alauzet, traité général des assurances I Nr. 178, Goldschmidt, Zeitschrift für Handelsrecht Bd. VI S. 373). Da nun im gegebenen Falle keinesfalls die Bekl. den von ihr selbst verschuldeten Eintritt der auflösenden Bedingung geltend zu machen berechtigt war, so ist der Kl. jedenfalls bis zur Klagerhebung (wenn man annehmen will, daß er mit dieser die Bekl. von ihrer Haftung entbunden habe) versichert gewesen, so daß im Falle seines in diesem Zeitraum erfolgten Todes seine Rechtsnachfolger den Anspruch auf die Versicherungssumme erworben haben würden. Da Kl. diese Thatsache, daß die Bekl. eine gewisse Zeit hindurch das Risiko der Versicherung getragen hat, nicht beseitigen kann, so folgt daraus und den bereits entwickelten Rechtsgrundsätzen, daß er auf Grund der rückwirkenden Kraft der auflösenden Bedingung die Rückzahlung der Prämie zu fordern, nicht ohne Weiteres berechtigt ist. Insoweit mußte also das angefochtene Urtheil wegen Verletzung des Art. 1183 des Bürgerlichen Gesetzbuchs aufgehoben werden. II. C. S. i. S. Germania c. Völz vom 30. Oktober 1888, Nr. 210/88 II.

30. Den Vorschriften des B. G. B. liegt die Auffassung zu Grund, daß Forderungen, soweit sie als theilbar erscheinen, sich unter die dabei — als Gläubiger oder Schuldner — betheiligten Personen kraft Gesetzes in der Weise theilen, daß jeder Gläubiger den auf ihn treffenden Antheil an der Forderung ohne Weiteres einklagen und jeder Schuldner auf den ihn treffenden Antheil verklagt werden kann. In Art. 1220 des B. G. B., welcher der Sache nach den im römischen Recht geltenden Satz wiedergiebt „nomina hereditaria ipso jure inter heredes divisa sunt", ist der dargelegten Auffassung zwar nur insoweit Ausdruck gegeben, als es sich um die an einer Forderung betheiligten Erben handelt, deren Haftung in den Art. 870 und 873 des Gesetzbuchs dem aufgestellten Satze entsprechend geregelt ist. Aber der in Ansehung der Erben aufgestellte Grundsatz gilt überall, wo in Ansehung einer theilbaren Forderung mehrere Personen als Gläubiger oder Schuldner betheiligt sind. Der in Art. 1220 des B. G. B. aufgestellte Grundsatz ist allerdings nicht ganz leicht mit der in Art. 883 dieses Gesetzbuchs enthaltenen Vorschrift zu vereinigen, nach welcher die Theilung einen deklarativen Charakter hat, sonach derjenige, dem eine Forderung bei der Theilung zugewiesen wurde, so anzusehen ist, als habe dieselbe von vornherein einen Bestandtheil seines Vermögens gebildet. Da diese Vorschrift neben derjenigen des Art. 1220 des B. G. B. Anwendung zu finden hat, muß letztere Bestimmung eine Einschränkung insofern erfahren, als sie nur für denjenigen Zeitraum durchgreift, der vor der Theilung des Nachlasses oder der sonstigen Gemeinschaft liegt und von da ab — vorbehaltlich der auf Grund des Artikels 1220 erworbenen Rechte — der Theilungsvertrag endgültig darüber entscheidet, welcher Theilhaber in Ansehung einer zum Nachlaß gehörigen Forderung oder Schuld als Gläubiger beziehungsweise Schuldner anzusehen sei. Im vorliegenden Fall kommt es aber auf die hinsichtlich des Verhältnisses zwischen den Art. 883 und 1220 des B. G. B. bezüglichen Streitfragen nicht an, da eine Theilung überhaupt noch nicht stattgefunden hat. So lange eine solche nicht erfolgt ist, ist jeder Erbe unzweifelhaft befugt, bezüglich der einzelnen zur Erbschaft gehörigen theilbaren Forderungen gegen die Schuldner Klage zu erheben und Bezahlung desjenigen Betrages zu verlangen, der seinem Erbtheil entspricht. Die Sache liegt in Ansehung der Forderungsklagen zufolge des in Art. 1220 des B. G. B. aufgestellten Grundsatzes anders als bezüglich derjenigen Klagen, durch welche das Eigenthumsrecht an einer zum Nachlaß gehörigen Sache geltend gemacht wird. (Vergleiche in dieser Beziehung das Urtheil des R. G. vom 21. Oktober 1884, Entscheidungen Bd. XII Seite 339.) Daß die Ehefrau beziehungsweise deren Erben nach Auflösung der Gütergemeinschaft und vor stattgehabter Theilung des zu derselben gehörigen Vermögens das Recht zusteht, die Hälfte der zu der Gemeinschaft gehörigen Forderungen einzuklagen, kann zwar nicht aus dem Art. 1476 des B. G. B. abgeleitet werden, der nur in Ansehung der Theilung des Gemeinschaftsvermögens insbesondere der einzuhaltenden Formen, der Wirkungen der Theilung u. s. w. auf die für die Erbtheilung geltenden Regeln verweist. Aber diese Befugniß ergiebt sich daraus, daß der in Frage stehende Grundsatz, wie oben dargelegt wurde, für jede Art von Vermögensgemeinschaft gilt und bezüglich der ehelichen Gütergemeinschaft eine abweichende Vorschrift nicht getroffen worden ist. II. C. S. i. S. Schertz c. Bollinger vom 30. Oktober 1888, Nr. 198/88 II.

31. Ohne Rechtsirrthum hat das B. G. eine unrechte Handlungsweise des Bekl. (L. R. S. 1382 und 1383) dahin angenommen, daß dieser durch sein Verhalten, nämlich die der Kl. gemachten Zusicherungen, die Kl. abgehalten habe, bei Gericht die zur Abwendung des für den Bekl. gepfändeten Holzes erforderlichen Schritte zu thun. Unbegründet ist in dieser Hinsicht zunächst die Rüge, es sei mit Unrecht eine Pflicht des Bekl. angenommen worden, der Kl. von seiner veränderten Absicht Kenntniß zu geben, da ein Vertragsverhältniß zwischen denselben nicht bestanden habe. Auch ohne das Bestehen eines Vertragsverhältnisses kann nach den concreten Verhältnissen gegen-

über der Zusage, welche ein Gläubiger einem ihm unter der Behauptung des Eigenthums an den für den Ersteren gepfändeten Gegenständen einen Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung (§ 690 der C. P. O.) in Aussicht stellenden Dritten macht, die gepfändeten Gegenstände freizugeben oder die Versteigerung vorläufig zu unterlassen, ein rechtswidriges Verhalten darin gefunden werden, wenn der Zusagende nun gleichwohl versteigern läßt, ohne rechtzeitig dem eine Widerspruchsklage in Aussicht Stellenden behufs Wahrung seiner Interessen bei Gericht Kenntniß zu geben. Derjenige, welcher eine solche Zusage erhält, ist hierdurch veranlaßt, sein Verhalten gemäß derselben einzurichten, und ist berechtigt, sich auf dieselbe zu verlassen; er wird daher durch sie verleitet, die rechtzeitige Ergreifung gerichtlicher Schritte zu unterlassen; der ihm jene Zusage ertheilende Gläubiger ist deshalb auch verpflichtet, bei einer Aenderung seiner Absicht hinsichtlich der Vornahme der Versteigerung ihm rechtzeitig behufs der Ermöglichung gerichtlicher Schritte zur Abwendung derselben Kenntniß zu geben, und andernfalls für den dem Dritten erwachsenen Schaden haftbar. II. C. S. i. S. Bürkle c. Kastel vom 6. November 1888, Nr. 200/88. II.

32. Soweit es sich um die Frage handelt, ob die Kl. in ihrer Eigenschaft als gerichtlich ernannte Sequester berechtigt gewesen seien, die zum Nachlaß gehörigen Forderungen in eigenem Namen einzuklagen, hat das B. G. zunächst ausgeführt, in den im Gesetz nicht vorgesehenen Fällen der Sequesterernennung ständen den Sequestern nur diejenigen Befugnisse zu, welche denselben vom Gericht ausdrücklich beigelegt worden seien; den Kl. sei aber bei ihrer Ernennung ein Klagerecht nicht eingeräumt worden. Die Unterscheidung zwischen solchen Sequestern, deren Ernennung im Gesetz ausdrücklich vorgesehen und solchen, bezüglich deren dies nicht der Fall ist, erscheint zwar als bedenklich, da das Gesetz zwei verschiedene Arten von Sequestern nicht kennt und, wer als solcher einmal vom Gericht ernannt worden ist, diejenigen Befugnisse haben muß, welche dem Sequester als solchem zustehen. Die Ausführungen des O. L. G. sind aber dennoch geeignet, die angefochtene Entscheidung zu rechtfertigen, weil bezüglich aller gerichtlich ernannter Sequester der Satz gilt, daß dieselben zur Klageerhebung nur dann berechtigt sind, wenn dieselben nach der ihre Ernennung enthaltenden gerichtlichen Verfügung hiezu als ermächtigt erscheinen. Die in dem B. G. B. (Art. 1956—1968) vorgesehene Sequestration ist eine besonders geartete Hinterlegung. Der Sequester hat hiernach an sich, wie der gewöhnliche Depositar, nur die Aufgabe, die ihm anvertraute Sache aufzubewahren und nach Erledigung des Streites, welcher zu der Sequestration Veranlassung gegeben hat, an wen Rechtens herauszugeben. Zu einer weiteren Thätigkeit ist auch der gerichtlich ernannte Sequester regelmäßig nicht berufen. (Art. 1963, 1956, 1927 B. G. B.). Es gibt nun allerdings auch Fälle, in welchen durch die bloße Verwahrung der ihm übergebenen Sache die Thätigkeit des Sequesters nicht erschöpft wird, vielmehr weitere Verwaltungshandlungen erforderlich sind. Insbesondere erweist sich eine Verwaltungsthätigkeit des gerichtlichen Sequesters als nothwendig, wenn ein ganzes Vermögen beziehungsweise eine Verlassenschaft sequestrirt wird. Aber auch in solchen Fällen ist es im Wesentlichen die Aufgabe des Sequesters, den bestehenden Zustand aufrechtzuerhalten. Darüber hinauszugehen ist derselbe nur dann befugt, wenn er hiezu vom Gericht ausdrücklich ermächtigt worden ist. Insbesondere darf er ohne eine derartige Ermächtigung nicht die zum Nachlaß gehörenden Forderungen einklagen. Im vorliegenden Falle liegt aber nach den thatsächlichen Feststellungen des B. G. eine solche Ermächtigung nicht vor. II. C. S. i. S. Bong c. Schieffer vom 2. November 1888, Nr. 197/88 II.

33. L. R. S. 2279 hindert nicht, gegen eine Pfändung von Fahrnissen geltend zu machen, daß dieselben nicht Demjenigen, welchem sie gepfändet wurden, sondern einem Andern gehören. Allerdings muß der Letztere im Hinblick auf L. R. S. 2230 den Nachweis führen, daß der Schuldner, bei welchem die Gegenstände gepfändet wurden, sie nicht in eigenem Namen besitzt. II. C. S. i. S. Bürkle c. Kastel vom 6. November 1888, Nr. 200/88 II. M.

Aus der Praxis der Strafsenate des Reichsgerichts.

(Präjudizien aus der Zeit von Mitte September bis Anfang November 1888.)

I. Zum Reichsstrafgesetzbuch.

1. §§ 49a, 272.

Das Erstehen eines Examens für einen Andern und die Erlangung der Zeugnisse hierüber für den Andern ist aus § 272 strafbar, wenn die That begangen wird, um eine zugesagte Belohnung zu erlangen. Die Aufforderung, gegen Belohnung ein solches Examen zu machen, ist deshalb auf ein Verbrechen gerichtet und fällt unter § 49a. Urth. des II. Sen. v. 9. Oktober 1888 (1806/88).

2. §§ 61, 230, 231.

Der Anschluß an die öffentliche Klage als Nebenkläger Seitens eines durch eine Körperverletzung Beschädigten Behufs Verfolgung einer Buße ist im Zweifel als Strafantrag zu betrachten. Urth. des III. Sen. v. 29. Oktober 1888 (1952/88).

3. §§ 74, 267, 268.

Wenn der Thäter einer größeren Anzahl von Wechselfälschungen mehrere der gefälschten Wechsel gleichzeitig einer Bank zum Diskontiren überschickt, so folgt hieraus nicht, daß er in einer einzigen Handlung Gebrauch von den gefälschten Urkunden gemacht und deshalb in Bezug auf die mehreren Wechsel nur eine strafbare Handlung begangen hat. Urth. des III. Sen. v. 24. September 1888 (2060/88).

4. § 113.

Gemeindevorsteher als Inhaber der Polizeigewalt haben nicht die Zuständigkeit, sich in Miethestreitigkeiten einzumischen, wenn nicht dabei die öffentliche Ruhe, Sicherheit und Ordnung der Wahrung bedarf, oder eine strafbare Handlung zu verhüten ist; sie befinden sich also bei solchen Einmischungen in rechtmäßiger Ausübung des Amtes nur unter den letztbezeichneten Voraussetzungen. Urth. des R. G. v. 23. Oktober 1888 (2025/88).

5. §§ 113, 117.

Der Widerstand gegen einen Forstbeamten, der Forstkulturarbeiten leitet oder beaufsichtigt, ist nach § 113, nicht nach § 117 strafbar. Urth. des I. Sen. v. 25. Oktober 1888 (1946/88).

6. § 137.

Nach gemeinem Rechte geht das durch Pfändung erlangte Pfandrecht nicht dadurch verloren, daß die Pfändungszeichen entfernt sind. Urth. des I. Sen. v. 25. Oktober 1888 (1854/88).

7. § 145 Str. G. Bch. Verord. v. 7. Januar 1880.

Offene Segelboote, welche nur zum Vergnügen benutzt werden, sind Schiffe im Sinne der Verordnung. Urth. des II. Sen. v. 21. September 1888 (1518/88).

8. §§ 154, 159, 43, 46, 48.

Wer ein eidliches Zeugniß wissentlich falsch abgiebt, noch im Verlaufe der Vernehmung auf Vorhalt des Vorsitzenden aber die Aussage berichtiget, macht sich des Versuchs des Meineids schuldig, wenn auch eines straflosen, und ist der Anstifter als Anstifter eines Meineidsversuchs strafbar, nicht aus § 159. Urth. des IV. Sen. v. 9. Oktober 1888 (1727/88).

9. § 159.

Derjenige, welcher einen Andern zur Abgabe eines vermeintlich falschen eidlichen Zeugnisses zu bestimmen unternimmt, während die angesonnene Aussage objektiv richtig ist, ist aus § 159 strafbar. Urth. des I. Sen. v. 15. Oktober 1888 (2289/88).

10. § 164.

Wer einen Beamten eines außeramtlichen unwürdigen Verhaltens bei einer Behörde wissentlich falsch beschuldigt, beschuldigt ihn einer Verletzung seiner Amtspflicht und ist aus § 164 strafbar. Urth. des II. Sen. v. 9. Oktober 1888 (1965/88).

11. §§ 165, 200.

Im Urtheil ist Art und Frist der Bekanntmachung des Urtheils zu bestimmen. Ist die Fristbestimmung unterblieben, so ist die Sache zur Ergänzung in die Vorinstanz zurückzuweisen. Urth. des II. Sen. v. 12. Oktober 1888 (2184/88).

12. §§ 196, 359.

Die Mitglieder der Deputationen, welche in Preußen bei den Magistraten bestehen, sind Beamte und die Magistrate die antragsberechtigten Vorgesetzten in Fällen von Beleidigungen derselben. Urth. des IV. Sen. v. 12. Oktober 1888 (1778/88).

13. § 200 Abs. 1.

Wenn die Bekanntmachung der Verurtheilung wegen Beleidigung zu erfolgen hat, so ist die Art derselben in das Ermessen des Gerichts gestellt und ist dem Gesetze genügt, wenn die Thatsache der Verurtheilung veröffentlicht wird. Nähere Modalitäten der That, oder die Strafe, insbesondere wenn es sich um eine Gesammtstrafe handelt, müssen nicht bekannt gemacht werden. Urth. des I. Sen. v. 8. Oktober 1888 (2017/88).

14. § 210.

Derjenige, welcher im Auftrage eines Andern einem Dritten eine beleidigende Aeußerung hinterbringt, von welcher er weiß, daß sie Anlaß zu einem Zweikampf werden muß, kann wegen Anreizung zum Zweikampf bestraft werden. Urth. des I. Sen. v. 5. November 1888 (2256/88).

15. § 222.

Die Beschleunigung des Todes einer Person, welche sicher durch Krankheit dem baldigen Tode entgegenging, durch falsche ärztliche Behandlung der Krankheit Seitens eines Kurpfuschers genügt, um den Thatbestand fahrlässiger Tödtung zu erfüllen. Urth. des II. Sen. v. 18. September 1888 (1548/88).

16. Apotheker können wegen des Erfolgs strafrechtlich haftbar gemacht werden, wenn sie außergewöhnliche und in übermäßigen Dosen vom Arzte verschriebene Medikamente abgeben, ohne eine besondere Erklärung des Arztes erhalten zu haben und zwar auch dann, wenn es an einer speziellen Instruktion hierüber fehlt. Urth. des I. Sen. v. 27. September 1888 (1620/88).

17. §§ 240, 73 Str. G. Bch. § 153 R. Gewerbe O.

Die Delikte des § 240 Str. G. Bch. und § 153 Gewerbe O. schließen sich nicht aus, sondern stehen, wenn der Thatbestand, was nicht nothwendig der Fall ist, unter beide Strafbestimmungen fällt, in idealem Zusammenfluß. Die Anwendung des strengeren Strafgesetzes ist in beiden Bestimmungen gleichmäßig vorgesehen. Urth. des II. Sen. v. 2. November 1888 (2327/88).

18. § 242 Str. G. Bch. Bayr. Pol. Str. G. Bch. Art. 112.

Die Entwendung von Weinbergspfählen, welche in einem Weinberge ausgezogen und auf einen Haufen gestellt sind, ist in Bayern als Diebstahl, nicht als Feldpolizeiübertretung strafbar. Urth. des I. Sen. v. 27. September 1888 (1709/88).

19. § 242 Str. G. Bch. § 2 Preuß. Ges. v. 26. März 1856 über unbefugte Aneignung von Mineralien.

Die Wegnahme von Mineralien aus den Halden eines Bergwerks ist Diebstahl, nicht blos unbefugte Aneignung von Mineralien. Urth. d. IV. Sen. v. 2. Oktober 1888 (1631/88).

20. § 244.

Auch derjenige ist wegen Diebstahls im Rückfall zu strafen, der vorher zweimal wegen Diebstahls bestraft war, das eine Mal aber vor Vollendung des zwölften Lebensjahres, wenn auch nur mit Verweis. Urth. des III. Sen. v. 20. September 1888 (1552/88).

21. §§ 246, 303.

Derjenige, der an einen Gegenstand eine vollendete Unterschlagung begangen hat, kann nicht durch Vernichtung desselben Gegenstandes auch noch eine Sachbeschädigung begehen. Urth. des Feriensen. v. 12. September 1888 (1913/88).

22. §§ 257, 49 Str. G. Bch. §§ 134, 149, 155 Vereinszollges. v. 1. Juli 1869.

Die Begünstigung und Beihülfe hiezu bei Zollvergehen ist nach §§ 257 und 49 zu bestrafen und kann darauf die Konfiskation bezw. der Wertherfatz an Stelle derselben nicht zur Anwendung kommen. Urth. des IV. Sen. v. 12. Oktober 1888 (2285/88).

23. § 259.

In dem Versehen einer von einem Andern mittels einer strafbaren Handlung erlangten Sache liegt eine Mitwirkung zum Absatz. Urth. des I. Sen. v. 8. Oktober 1888 (2128/88).

24. §§ 264, 73.

Die Bestrafung wegen Urkundenfälschung in idealem Zusammenflusse mit Betrug, bei welcher nur die Strafe des ersten Delikts zur Anwendung kommt, bildet eine zur Begründung des Rückfalls geeignete Strafe wegen Betrugs. Urth. des III. Sen. v. 15. Oktober 1888 (2039/88).

25. § 267.

Aerztliche Rezepte sind rechtserhebliche Privaturkunden, deren Fälschung unter die Bestrafung nach § 267 fällt. Urth. des II. Sen. v. 12. Oktober 1888 (2263/88).

26. § 271.

Wegen intellektueller Urkundenfälschung kann derjenige nicht bestraft werden, welcher Unwahres zur Eintragung in das Handelsregister anmeldet, wenn nur das wirklich Angemeldete beurkundet wurde. Urth. des I. Sen. v. 5. November 1888 (2113/88).

27. § 292.

Der Anstand auf fremdem Reviere, um von demselben aus auf eigenem Reviere Wild zu erlegen, ist nur straflos, wenn nichts geschieht, um den Uebertritt des Wildes von dem fremden auf das eigene Revier herbeizuführen. Urth. des II. Sen. v. 12. Oktober 1888 (2019/88).

28. § 304.

Das Wegereglement für Preußen vom 24. Juni 1764 ist aufgehoben und findet § 10 Th. II Tit. 15 des allg. Preuß. Ld. R. auch auf Kommunikationswege analoge Anwendung. — Nach § 304 ist auch der Eigenthümer strafbar, welcher zum öffentlichen Nutzen dienende Gegenstände, wie Straßenalleebäume, ohne polizeiliche Erlaubniß beschädigt oder zerstört. Urth. des II. Sen. v. 26. Oktober 1888 (1969/88).

29. §§ 315, 316.

Ein Eisenbahntransport gilt im Sinne des Gesetzes als gefährdet, wenn eine naheliegende Möglichkeit oder die begründete Besorgniß eines Schadens vorliegt; es ist aber keine hohe Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines Schadens erforderlich, noch weniger also der Eintritt eines solchen. Urth. des III. Sen. v. 25. Oktober 1888 (2102/88).

30. § 321.

Die Verhinderung eines Schiffes in der Benützung des Fahrwassers durch Bewegungen eines andern Schiffes ist nicht als Störung des Fahrwassers strafbar, sondern ist hiezu eine Aenderung des Fahrwassers in einer der Schifffahrt nachtheiligen Weise durch unbefugte Handlungen erforderlich. Urth. des II. Sen. v. 18. September 1888 (1542/88).

31. § 367, Ziff. 10.

Ein Schuß, bei welchem der Schießende nicht beabsichtigt, Jemanden zu treffen, kann nicht als Angriff im Sinne der alleg. Gesetzesstelle beurtheilt werden. Urth. des II. Sen. v. 21. September 1888 (1364/88).

II. Zur Reichsstrafprozeßordnung.

1. §§ 51, 57, Abs. 2 Str. Pr. O.

Zeugen, welche gesetzlich berechtigt sind, das Zeugniß oder dessen Beeidigung zu verweigern, können promissorisch beeidet werden. Der promissorisch beeidete Zeuge, der nach Belehrung über das Recht der Zeugnißverweigerung, aussagen zu wollen erklärt, muß nicht noch besonders darüber belehrt werden, daß er auch die Beeidigung verweigern kann. Urth. des II. Sen. v. 25. September 1888 (1967/88).

2. § 56, Ziff. 2 Str. Pr. O., § 284 Str. G. Bch.

Bei Aburtheilung wegen gewerbsmäßigen Glücksspiels ist es unter Umständen zulässig, die Mitspieler des angeklagten Bankhalters als beeidete Zeugen zu vernehmen. Urth. des IV. Sen. vom 23. Oktober 1888 (2230/88).

3. § 237 Str. Pr. O.

Wenn der Vorsitzende unrichtige Konstatirungen aus den Akten vornimmt, der Angeklagte jedoch keine Anträge auf Richtigstellung stellt, so kann eine Revision deshalb nicht begründet werden. Urth. v. 4. Oktober 1888 (1870/88).

4. § 244 Str. Pr. O.

Wenn die Vernehmung eines Zeugen wegen Trunkenheit desselben abgebrochen wurde und der Angeklagte Anträge wegen der weiteren Vernehmung nicht gestellt hat, liegt keine Verletzung des § 244 vor. Urth. des I. Sen. v. 4. Oktober 1888 (1870/88).

5. §§ 282, 24 Str. Pr. O.

Die Ablehnung von Geschworenen wegen Befangenheit kann nur in den Formen des § 282 erfolgen, nicht auch nach Erschöpfung des Ablehnungsrechtes nach § 24 flg., welche vielmehr nur für Ablehnung von Richtern und Schöffen gelten. Urth. des I. Sen. v. 1. November 1888 (2063/88).

6. § 384, Abs. 2 Str. Pr. O.

Es ist unzulässig, eine Revision nur durch Bezugnahme auf Beschwerden gegen ein früheres, aufgehobenes Strafurtheil in derselben Sache zu begründen. Urth. des IV. Sen. v. 21. September 1888 (1579/88).

7. § 385 Str. Pr. O.

Es genügt nicht, wenn ein Rechtsanwalt einer von seinem Klienten angefertigten und unterschriebenen Schrift in Form einer besonderen Beurkundung die Unterschrift beifügt. Urth. des IV. Sen. v. 2. Oktober 1888 (1724/88).

8. §§ 439, 383, 385 Str. Pr. O.

Für den Nebenkläger, welcher nach Verkündung des Urtheils Behufs Einlegung der Revision sich anschließt, beginnt die Frist zur Einlegung des Rechtsmittels mit Verkündung des Urtheils in der Hauptverhandlung, die Frist zur Stellung der Revisionsanträge mit Zustellung des Urtheils an den Nebenkläger. Beschl. des III. Sen. v. 20. September 1888 (8984/88).

9. § 497 Str. Pr. O.

Der Angeklagte hat im Falle seiner Verurtheilung alle Kosten der Voruntersuchung zu tragen, auch wenn dieselbe wegen einer anderen Strafthat eingeleitet und geführt worden war, als der Eröffnungsbeschluß angenommen hatte. Hierbei kann auch § 6 des Gerichtskostengesetzes auf die Mehrkosten der Untersuchung nicht angewendet werden. Urth. d. I. Sen. v. 1. November 1888 (2244/88).

III. Zu verschiedenen Gesetzen strafrechtlichen und strafprozessualen Inhalts.

1. § 2 Abs. 1. Einf. Ges. z. Str. G. Bch. § 193 Str. G. Bch.

Landesgesetzliche Bestimmungen, durch welche eine ungebührliche Schreibweise in Eingaben an öffentliche Behörden mit Strafe bedroht wird, z. B. § 72 des Hannov. Pol. Str. G. Bchs. v. 25. Mai 1847, sind nicht durch § 2 cit. aufgehoben. Auf solche Verfehlungen ist § 193 Str. G. Bch. nicht anwendbar. Urth. des III. Sen. v. 17. publ. 24. September 1888 (1360/88).

2. § 79 Ger. Verf. Ges. §. 306 Str. Pr. O.

Die Sitzungsperioden, in welchen die Schwurgerichte abzuhalten sind, sollen nicht in längeren Zeitperioden bestehen, während welcher nach Bedarf Sitzungen abgehalten werden, sondern sollen zusammenhängen. Bei keiner von den Geschworenen verlangten weiteren Belehrung soll der Angeklagte

anwesend sein, außer wenn Aenderungen der Fragestellung zur Diskussion kommen. Weder die Verletzung der ersten noch die der zweiten Norm rechtfertigt eine Revision. Urth. des III. Sen. v. 24. September 1888 (2213/88).

3. § 175 Gr. Verf. Ges. (R. Ges. v. 5. April 1888.)

Das Gehör des Vertheidigers genügt nicht, um während einer nach § 246 Str. Pr. O. angeordneten Entfernung des Angeklagten aus der Hauptverhandlung die Oeffentlichkeit der Verhandlung auszuschließen. Es ist das Gehör des Angeklagten selbst erforderlich. Urth. des IV. Sen. v. 2 Oktober 1888 (2131/88).

4. § 195 Gr. Verf. Ges. (R. Ges. v. 5. April 1888.)

Die Zulassung eines Referendars, der bei Gericht zu seiner Ausbildung beschäftigt ist, zur Berathung eines Urtheils und Abstimmung darüber Seitens einer Strafkammer ist auch dann gestattet, wenn der Referendar als Gerichtsschreiber verwendet war. Urth. des III. Sen. v. 8. Oktober 1888 (1731/88).

5. § 210 Ziff. 2 Konk. O. Art. 28 H. Ges. Bch.

Das Kopierbuch ist ein Handelsbuch und liegt dessen Führung dem Kaufmanne ob. Die Unterlassung der Führung erfüllt jedoch den Thatbestand des einfachen Bankerutts dann nicht, wenn die geführten Handelsbücher die Uebersicht des Vermögenszustandes gewähren. Urth. des II. Sen. v. 23. Oktober 1888 (2185/88).

6. § 24 R. Ges. v. 10. Juni 1869 betr. die Wechselstempelsteuer.

Als Chek ist von der Wechselstempelsteuer befreit jede Anweisung auf das Guthaben, welches der Aussteller bei einer seine Zahlungen besorgenden Bank hat und welche als Baarzahlung dient und auf Sicht gestellt nicht zum Accept gelangt. Daß der Chek im Text als solcher benannt oder daß er die Eigenschaft des Bezogenen als den die Zahlung besorgenden Bankier hervorhebt, oder daß er förmlich auf ein Guthaben verweist, ist nicht erforderlich und kann der Chek an Ordre gestellt und girirt werden. Urth. des III. Sen. vom 11. Oktober 1888 (1902/88).

7. § 115 R. Gewerbe O. v. 21. Juni 1869 (1. Juli 1883).

Derjenige ist noch nicht ohne Weiteres als selbstständiger Gewerbetreibender im Sinne des § 115 zu betrachten, welcher die Aufsicht über die Arbeiter eines gewerblichen Etablissements, das Recht die Arbeiter zu entlassen und anzunehmen und die Aufgabe hat, denselben den Lohn auszuzahlen. Urth. des IV. Sen. v. 19. Oktober 1888 (2269/88).

8. §§ 135, 136 Ziff. 6, 9, 145 Vereins-Zollges. v. 1. Juli 1869.

Wer von einem Privattransitlager importirtes Getreide unter Begleitscheln I an ein unter Zollkontrolle stehendes Geschäft zollfrei abfertigt, das Getreide aber in den freien Verkehr bringt und an jenes Geschäft inländisches, nicht zollpflichtiges Getreide von andern Orten abschickt, welches als zollpflichtig unter Kontrolle kommt, ist wegen Zolldefraudation strafbar. Urth. des III. Sen. v. 29. Oktober 1888 (1643/88).

9. §§ 135, 146 Ziff. 2 R. Gewerbe O. v. 21. Juni 1869 (1. Juli 1883).

Jugendliche Personen, welche in der Privatwohnung eines Fabrikarbeiters für Zwecke der Fabrik beschäftigt werden, sind nicht in der Fabrik beschäftigt. Urth. des II. Sen. v. 18. September 1888 (1559/88).

10. § 136 Nr. 5 b Vereins-Zollges. v. 1. Juli 1869.

Der in einem Legitimationsschein aufgegebene Weg ist nicht inne gehalten, wenn der Weg, für welchen der Schein als Legitimation beim Transport dienen sollte, von einem andern als dem angegebenen begonnen hatte, sei es auch, daß der wirkliche Ausgangsort des Transports auf dem angegebenen berührt werden mußte. Urth. des IV. Sen. v. 21. September 1888 (1444/88).

11. §§ 9, 17 R. Ges. v. 21. Oktober 1878 gegen die gemeingefährlichen Bestrebungen der Sozialdemokratie.

Es ist nicht erforderlich, daß die Polizeibehörde bei Verbot einer sozialdemokratischen Versammlung sich auf das alleg. Gesetz ausdrücklich stütze und ersetzt der Ausdruck „nicht gestatten" den des Verbietens. Urth. des III. Sen. v. 1. Oktober 1888 (1720/88).

12. § 19 R. Ges. v. 21. Oktober 1878 gegen die gemeingefährlichen Bestrebungen der Sozialdemokratie.

Die Hingabe verbotener Schriften an drei einzelne Personen kann als Verbreitung im Sinne des alleg. Gesetzes betrachtet werden. Urth. des II. Sen. v. 21. September 1888 (1573/88).

13. Derjenige, welcher nach Aufgabe eines verbotenen Schriftstücks zur Post dessen Verbot erfährt und die Möglichkeit es zurückzunehmen nicht benutzt, macht sich der Verbreitung eines verbotenen Schriftstücks schuldig. Urth. des I. Sen. v. 20. publ. 27. September 1888 (1464/88).

14. § 12 R. Ges. v. 14. November 1879 betr. den Verkehr mit Nahrungsmitteln u. s. w.

Der Transport von Nahrungsmitteln zur Verkaufsstelle enthält noch kein vollendetes Inverkehrbringen des Nahrungsmittels. Urth. des I. Sen. v. 1. November 1888 (2015/88).

15. Art. 209, b. g. 249a Ziff. 1 R. Ges. v. 18. Juli 1882 betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften.

Die Vergütung, welche für ein von der Gesellschaft zu übernehmendes Vermögensobjekt im Gesellschaftsvertrag festgesetzt wird, muß von allen Kontrahenten als Vergütung gewollt sein, und fällt eine falsche Angabe in der nach Art. 209g abzugebenden Erklärung über Umstände, welche die Höhe der Vergütung rechtfertigen sollen, unter die Strafbestimmung des Art. 249a. Urth. des II. Sen. v. 2. Oktober 1888 (1665/88).

16. § 33 Preuß. Ges. v. 1. Mai 1851 betr. die Einführung einer Klassen- und klassifizirten Einkommensteuer.

Der Ausdruck „Reklamation" in § 33 des cit. Gesetzes bezieht sich nicht bloß auf das Reklamationsverfahren im engeren Sinne, sondern umfaßt auch die Remonstration oder sonstige Schritte um Abhülfe wegen angeblicher Beeinträchtigung. Urth. des II. Sen. v. 16. Oktober 1888 (2290/88).

Hat im Privatklageverfahren der unterliegende Theil dem Gegner auch die in den Rechtsmittelinstanzen erwachsenen nothwendigen Ausgaben zu erstatten?

Mit Bezug auf die oben S. 206 f. f. mitgetheilten Entscheidungsgründe des Kgl. Oberlandesgerichts zu Dresden machen

wir darauf aufmerksam, daß dieser Gerichtshof am 28. Mai 1888 in eine erneute Prüfung obiger Frage eingetreten ist und keinen Anstand genommen hat, im Interesse der Rechtseinheit seine bisherige Ansicht, an deren Festhaltung ein öffentliches Interesse nicht bestehe, zu verlassen, da es lediglich Frage der Opportunität sei, welche der sich gegenüberstehenden Ansichten, die sich beide rechtlich begründen lassen, man den Vorzug gebe. Sonach besteht jetzt bezüglich der Kostenerstattung in den Rechtsmittelinstanzen volle Uebereinstimmung der höchsten Gerichtshöfe.

Personal-Veränderungen.

Zulassungen.

Franz Joachim Wilhelm Susemihl beim Landgericht Kiel; — Leo Dziorobek beim Amtsgericht Schemm; — Hermann Kotsen beim Landgericht Berlin I; — Dr. H. A. Stavenüter beim Oberlandesgericht Hamburg; — Notar Dr. jur. Richard Klinker beim Amtsgericht Eupen; — Joseph Mies beim Landgericht Cöln; — Notar Boden beim Amtsgericht Grumbach; — Scharnweber beim Landgericht Görlitz; — Fr. Emil Hündorf beim Amtsgericht Lützen; — Eugen Emil Arthur Kuhlenkamp beim Landgericht Lübeck; — Dr. Felix Wittmer beim Landgericht Mannheim; — Treeger beim Amtsgericht Sprottau; — Eugen Emil Arthur Kuhlenkamp zu Lübeck beim Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg; — August Julius Hugo Heidemann in Skibben beim Amtsgericht Heydekrug; — Heinrich Medem beim Landgericht Tilsit; — Isaak (genannt Isidor) Kurnicki beim Landgericht Berlin I; — Carl Martin Richard Gabler beim Landgericht Nordhausen; — Kray beim Landgericht Elberfeld; — Petrich beim Amtsgericht Samter; — Johann Gtlaski aus Thorn beim Amtsgericht Zempelburg; — Bernhard Reinhold Otto Alexander Eigenbrodt beim Amtsgericht Ziegenhain; — Bürgermeister a. D. Christian Gottfried Steger beim Landgericht Dresden; — Bruno Erbe beim Landgericht Lyck; — Karl Martin Richard Gabler beim Amtsgericht Nordhausen; — Hermann Posurr beim Landgericht Berlin I; — Dr. Heinrich Frankenburger beim Landgericht München I; — Floeth beim Amtsgericht Crefeld; — v. Schimmelpfennig beim Landgericht Bartenstein; — Gustav Blaß beim Landgericht Breslau; — Eduard Warwersig zu Loslau beim Landgericht Glogau; — Dr. Hermann Blättner beim Landgericht Nürnberg; — Oswin Stobbe beim Amtsgericht Passenheim; — Adolf Hermann Temper beim Amtsgericht Werdau; — Samuel Meyer beim Landgericht Stargard i. P.; — Franz Heintz beim Amtsgericht I Idstein; — Badrian beim Amtsgericht Kattowitz; — Dr. Ernst Gotthelf Julius Springer beim Landgericht Berlin I; — Thiessen beim Amtsgericht Mohrungen; — Dr. Rich. Bieber beim Landgericht Berlin I; — Justizrath Karl Theodor Frommer beim Kammergericht Berlin; — Hans Le Blanc beim Amtsgericht Hohenstein; — Emil Josephthal beim Oberlandesgericht Nürnberg; — Joseph Josephsohn beim Landgericht Potsdam; — Raphael Josephsohn beim Landgericht Potsdam; — Paul Reinhard beim Landgericht Chemnitz; — v. Wesierski beim Amtsgericht Tuchel; — Davis Goldberg beim Amtsgericht Neheim; — Vieten beim Amtsgericht Saarlouis; — Leopold Fries beim Landgericht Weimar; — Justizrath Maximilian Wolff beim Kammergericht Berlin; — Notar Chrzesciuski beim Amtsgericht Eitorf; — Ger. Ass. a. D. Seubler beim Landgericht Halle a. S.; — Siegfried Oettinger beim Amtsgericht Trachenberg; — Adolf Hermann Temper beim Landgericht Zwickau; — Franz Audersek beim Amtsgericht Landeck; — Dr. Herm. Klasing beim Amtsgericht Oeynhausen; — Otto Backhaus beim Landgericht Essen; — Dr. Ernst Marcuse beim Landgericht Berlin I; — Lenz beim Amtsgericht Jüterbog; — Dr. Ernst Louis Greiling beim Amtsgericht Berlin I; — Karl Huber beim Oberlandesgericht München; — Richard Schtele beim Landgericht Ulm; — Wagenknecht beim Amtsgericht Jüterbog; — Dr. Th. Elsasser beim Landgericht Carlsruhe; — Carl Aloys Kuhn beim Amtsgericht Sobernheim; — Saly Samuel beim Landgericht Berlin I; — Frantz beim Landgericht Essen; — Georg Daniels beim Amtsgericht Wipperfürth; — Georg Zeiter beim Oberlandesgericht Stettin; — Naumann beim Amtsgericht Bochum; — Bürgermeister Rudolf Eberhard beim Amtsgericht Neustadt; — Sailer beim Landgericht Tübingen.

Löschungen.

Schmid beim Landgericht Ellwangen; — Justizrath Stiesberg beim Landgericht Düsseldorf; — Justizrath Stern beim Landgericht Tilsit; — Justizrath Gützloe beim Landgericht Essen; — Neeie beim Amtsgericht I Barmen; — Heidemann beim Landgericht Thorn; — Carl Emil Anton Curt Beelitz beim Landgericht Berlin I; — Leonhardy beim Landgericht Königsberg i. Pr.; — Josef Senninger beim Landgericht und Oberlandesgericht Nürnberg; — Karl August Friedrich Pfeil beim Landgericht Chemnitz; — Mattison beim Landgericht Danzig; — Gabier beim Amtsgericht Lützen; — Arthur Reske beim Amtsgericht Hohenstein; — Dr. Heinrich Frankenburger beim Landgericht und Oberlandesgericht Nürnberg; — Scharnweber beim Amtsgericht Sagan; — Justizrath Frommer beim Landgericht Kottbus; — Justizrath Wolff beim Landgericht Frankfurt a. O.; — Justizrath Carl Ludwig Mack in Pillkallen beim Landgericht Insterburg; — Großmann in Saalfeld beim Landgericht Braunsberg; — Justizrath Labowski beim Landgericht Breslau; — Samuel beim Amtsgericht Rixdorf; — Ferdinand Großjohann beim Amtsgericht Saalfeld Ostpr.; — Le Blanc beim Landgericht Allenstein; — Badrian beim Amtsgericht Königshütte; — Karl August Friedrich Pfeil beim Amtsgericht Waldheim; — Justizrath Nerlich beim Amtsgericht Pleß; — Adolf Hermann Temper beim Amtsgericht Zwickau; — Augustin Brunsch beim Landgericht Ostrowo; — Mathias Haag beim Landgericht Trier; — Justizrath Rosemann beim Landgericht Schweidnitz; — Dr. jur. Lemcke beim Landgericht Frankfurt a. M.; — Conrad Lenz beim Amtsgericht Dahme; — Justizrath Nobiling beim Landgericht Greifswald; — Gimkiewicz beim Landgericht Thorn; — Justizrath Dr. jur. Müller beim Landgericht Verden; — Frantz beim Amtsgericht Delitzsch; — Justizrath Rodehuth zu Minden beim Landgericht Bielefeld; — Dr. Perls beim Landgericht Glatz; — Dr. Krügelstein beim Landgericht Gotha; — Justiz-

rath Stegemann bein Reichsgericht Leipzig; — Stiesenhofer beim Landgericht Ulm; — Luis Johann Schülke beim Landgericht Potsdam; — Karl Appel beim Landgericht Kempten; — Mögling beim Landgericht Heilbronn; — Paul Reuscher beim Landgericht Kottbus; — Dr. Otto Paul Ausschlaeger beim Landgericht Dresden und Amtsgericht in Großenhain.

Ernennungen.

Zu Notaren wurden ernannt: R. A. Wigand in Sangerhausen für den Bezirk des Oberlandesgerichts Naumburg a. S. und Wohnsitz in Sangerhausen; — R. A. Thier in Iserlohn für den Bezirk des Oberlandesgerichts Hamm und Wohnsitz in Iserlohn; — Ger. Ass. Karl Wilhelm Kockerols in Elberfeld für den Bezirk des Landgerichts Düsseldorf und Wohnsitz in Jüchen; — Justizrath Müller in Görlitz für den Bezirk des Oberlandesgerichts Breslau und Wohnsitz in Görlitz; — R. A. Kammer in Bublitz für den Bezirk des Oberlandesgerichts in Stettin und Wohnsitz in Bublitz; — R. A. Gunck in Saarlouis für den Bezirk des Oberlandesgerichts Düsseldorf und Wohnsitz in Odenkirchen; — Ger. Ass. Kausen für den Bezirk des Landgerichts Saarbrücken und Wohnsitz in Saarlouis; — R. A. Kurnick in Liebau für den Bezirk des Oberlandesgerichts Breslau und Wohnsitz in Liebau; — R. A. Zdralek in Kupp für den Bezirk des Oberlandesgerichts Breslau und Wohnsitz in Kupp; — R. A. Krüger in Wongrowitz für den Bezirk dis Oberlandesgerichts Posen und Wohnsitz in Wongrowitz; — R. A. Dr. Heinrich Nelson für den Bezirk des Kammergerichts und Wohnsitz in Berlin; — R. A. Schultze in Freyburg a. U. für den Bezirk des Oberlandesgerichts zu Naumburg und Wohnsitz in Freyburg; — R. A. Lammers in Melbdorf für den Bezirk des Oberlandesgerichts Kiel und Wohnsitz in Meldorf; — R. A. Rintelen in Lippstadt für den Bezirk des Oberlandesgerichts Hamm und Wohnsitz in Lippstadt; — n. Barm in Tondern für den Bezirk des Oberlandesgerichts Kiel und Wohnsitz in Tondern; — R. A. Stiege in Labiau für den Bezirk des Oberlandesgerichts zu Königsberg und Wohnsitz in Labiau; — R. A. Pulvermacher in Kempen für den Bezirk des Oberlandesgerichts Posen und Wohnsitz in Kempen; — R. A. Kutz in Marienburg für den Bezirk des Oberlandesgerichts Marienwerder und Wohnsitz in Marienburg.

Todesfälle.

Richard Edmund Werner in Plauen; — Schneider in Ravensburg; — Justizrath Ed. Junck in Kleve.

Für die Redaktion verantw.: S. Haenle. Verlag: W. Moeser Hofbuchhandlung. Druck: W. Moeser Hofbuchdruckerei in Berlin.

Dieser Nummer liegt ein Prospekt betreffend „Dr. Hermann Klee, Das preußische Königthum und Kaiser Wilhelm I.“ aus dem Verlage von W. Moeser Hofbuchhandlung in Berlin bei.

№ 54. Berlin, 11. Dezember 1888.

Juristische Wochenschrift.

Herausgegeben von

S. Haenle, Justizrath, Rechtsanwalt in Ansbach. und M. Kempner, Rechtsanwalt beim Landgericht I. in Berlin.

Organ des deutschen Anwalt-Vereins.

Preis für den Jahrgang 20 Mark. — Inserate die Zeile 40 Pfg. — Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt.

Inhalt.

Aufsätze für die Juristische Wochenschrift, welche acht Spalten überschreiten, können nur ausnahmsweise angenommen werden. Aufsätze, welche sich auf Angelegenheiten des Anwaltstandes und die Reichsjustizgesetze beziehen, erhalten den Vorzug. Die Redaktion.

Hülfskasse für deutsche Rechtsanwälte.

Die Anwaltskammer bei dem Reichsgericht hat der Hülfskasse eine Beihülfe von 500 Mark überwiesen, die Anwaltskammer im Bezirke des Oberlandesgerichts Stuttgart hat eine Beihülfe von 1000 Mark bewilligt, den Kammern und ihren Vorständen ist der herzlichste Dank ausgesprochen.

Zur Aenderung der Prozeßkostengesetze.

Auszug aus dem Stenogramm betreffend die Sitzung des Reichstags vom 30. November 1888.

Präsident: Das Wort hat der Herr Abgeordnete Kulemann.

Abgeordneter **Kulemann:** Meine Herren, ich möchte bei dieser Gelegenheit die Debatte wieder aufgreifen, die wir am 8. März dieses Jahres angefangen haben und damals wegen ganz besonderer Gründe nicht sachlich durchgeführt haben, nämlich die Frage der Gerichtskosten. Sie werden sich erinnern, daß ich damals einen Antrag gestellt hatte, daß aber unter den ganz besonderen Umständen, daß wir am Vorabend eines für unser Reich tief traurigen Ereignisses standen, von allen Seiten und auch von mir darauf verzichtet wurde, in die Materie selbst einzugehen. Der Reichstag hat seiner Anschauung Ausdruck gegeben in einem einmüthigen Votum, aber wir haben nicht das Recht, zu erwarten, daß die bloße Thatsache des Beschlusses auf die verbündeten Regierungen einen maßgebenden Einfluß habe, sondern nur die Gründe, die wir im Stande sind, sachlich für unser Vorgehen anzuführen.

In der Frage der Gerichtskosten sind bis jetzt alle Parteien des Hauses einig gewesen; es lagen wiederholte Beschlüsse vor. Der Bundesrath dagegen hat sich bis jetzt ablehnend verhalten, aber auch die Haltung des Bundesraths ist eine verschiedene gewesen. Die beiden Einwände die uns entgegen gehalten sind, sind erst nach einander erwachsen. Der ursprüngliche war der, daß die finanzielle Seite der Sache betont wurde, daß das Reich und die einzelnen Bundesstaaten den Ausfall nicht ertragen könnten, der dadurch an Einnahmen herbeigeführt würde. Ein späterer Einwand ist der, es dürfe die Materie nicht unabhängig von der Frage der Anwaltskosten geregelt werden. Meine Herren, ich weiß nicht, wie weit der erste Grund jetzt, nachdem der zweite hinzugekommen ist, noch aufrecht erhalten wird; ich möchte nur bemerken, daß, auch wenn man persönlich der Ansicht sein sollte, daß die Klagen in dem Umfange, wie sie geltend gemacht werden, nicht volle Begründung hätten, es meiner Ansicht nach doch berechtigt wäre, auf eine so einmüthige Forderung aus allen Kreisen der deutschen Bevölkerung Rücksicht zu nehmen. Es ist, glaube ich, ein außerordentlich seltener Fall, daß nicht in einzelnen Klassen, sondern durch ganz Deutschland hindurch, und daß nicht bloß in einzelnen Interessentengruppen, sondern durch die ganze Bevölkerung hindurch ein solcher übereinstimmender Wunsch ausgesprochen wird, und zwar mit der nachhaltigen Energie, wie hier. Und haben auch die einzelnen Vertreter der Regierungen wie des Volks in erster Linie die Pflicht, die Frage nach ihrer persönlichen Auffassung zu entscheiden, so bin ich doch der Meinung, daß die bloße Thatsache eines so allgemeinen Wunsches auch auf diese Faktoren nicht ohne Einfluß bleiben darf.

Aber ich gehe auf die Frage nicht weiter ein; es liegen in dieser Beziehung die wiederholten Beschlüsse des Reichstags vor, und die so oft und eingehend erörterten Gründe wiederholen hieße Eulen nach Athen tragen.

Der zweite Einwand dagegen ist von anderer Bedeutung. Die Regierungen nehmen die Stellungen ein, daß eine Herabsetzung der Kosten der Gerichte nicht eintreten dürfe ohne gleichzeitige Ermäßigung der Anwaltskosten. Dementsprechend ist eine Vorlage an den Reichstag gelangt in unserer ersten Session, in welcher eine Herabsetzung der Anwaltsgebühren beantragt war. Ich bin selbst Mitglied und Referent der Kommission gewesen. Die Herren wissen, daß damals nichts zu Stande kam, und daß

uns später der Vorwurf gemacht worden ist, es wäre die Sache dilatorisch behandelt. Der Herr Staatssekretär hatte die Güte, mich persönlich von diesem Vorwurf auszunehmen, und ich will deshalb darauf verzichten, mich zum Wortführer der davon Betroffenen zu machen. Mir persönlich hat jener Zweck vollkommen fern gelegen, und der Reichstag selbst hat sich letzthin wieder bei Berathung meines Antrags auf den Standpunkt gestellt, daß in der That eine Ermäßigung der Anwaltskosten ein Bedürfniß sei. Es liegen in der Beziehung die drei übereinstimmenden Beschlüsse vor vom 28. April 1880, 14. Juni 1881 und vom 8. März d. J.; also in der prinzipiellen Frage steht der Reichstag auf dem Standpunkt des Bundesraths. Damit wird freilich nicht beseitigt, daß bezüglich des **Umfanges** eine erhebliche Meinungsverschiedenheit stattfinden kann. Es war das gerade der Punkt, in dem wir in der Kommission abwichen von der Auffassung der Regierung. Es ist nicht zu übersehen und ist schon von dem Herrn Kollegen Dr. Porsch bei der damaligen Berathung betont worden, daß es eine viel schwierigere Aufgabe ist, einzugreifen in die Verhältnisse der Privaten, der Anwälte, als in das Budget der einzelnen Staaten. Es ist schon, als das Gesetz berathen wurde, ausdrücklich darauf hingewiesen, daß der Versuch, die Gerichtskosten zu regeln, eben nur ein Versuch sein sollte, dagegen ist bei Vorlegung des Gesetzes, betreffend die Anwaltsgebühren, ausdrücklich betont, daß die durch dasselbe einmal geschaffenen Verhältnisse künftig nicht wieder einseitig gestört werden könnten. In der That müssen wir hier mit sehr viel größerer Vorsicht zu Werke gehen. Es ist dann, als ich meinerseits bei der Etatsberathung der vergangenen Session die Sache zur Sprache brachte, von dem Herrn Staatssekretär darauf hingewiesen, daß diese Rücksicht, welche ich eben betonte, nicht dahin hätte führen können, das Gesetz selbst abzulehnen, sondern höchstens im Wege der Uebergangsbestimmungen Erleichterung zu bringen für die zeitweilige Generation der Anwälte. Meine Herren, ich muß sagen, es ist mir nicht klar, in welcher Form das zu machen sei; wenigstens Uebergangsbestimmungen auf eine so lange Dauer sind meines Erachtens ohne Vorgang in der Gesetzgebung.

Außerdem glaube ich aber auch behaupten zu dürfen, daß, wenn man seitens der Bundesregierungen diesen Weg für erforderlich hielt, es am Platze war, in der Vorlage entsprechende Bestimmungen aufzunehmen und mindestens, nachdem das Bedenken in der Kommission geeußt wurde, dann vielleicht bei der Debatte seitens der Regierung auf derartige Erleichterungen hinzuweisen. Nachdem das nicht geschehen war, glaube ich, war die Kommission in ihrem Recht, wenn sie auf den Umstand, daß in die persönlichen, privaten Verhältnisse in einer außerordentlich schädigenden Weise eingegriffen wurde, ein sehr starkes Gewicht legte.

Meine Herren, ich glaube, es ist nicht zu verkennen, daß die pekuniäre Stellung unserer Anwälte darunter leidet, daß mehr Anwälte an vielen Orten vorhanden sind, als es im Interesse der Geschäfte erforderlich wäre. Es ist die Frage von anderer Seite in der Presse angeregt, ob es überhaupt gerechtfertigt gewesen sei, die jetzige freie Advokatur einzuführen. Auf diese Frage einzugehen, liegt mir fern, denn es ist das eine sehr heikele Frage. Ich möchte mir nur eine Bemerkung dazu gestatten, die darauf hinzielt, zu verhindern, daß in der öffentlichen Erörterung dieses Punktes eine Unklarheit Platz greift, die bis jetzt obwaltet. Das ist die, als ob eine Abhilfe der jetzigen Uebelstände nur möglich wäre durch Wiederherbeiführung eines Zustandes, der die **Ernennung der Anwälte in die Hand der Regierung legt.** Meine Herren, ständen wir vor dieser Alternative, so würde wohl ein großer Theil des Hauses kaum jemals sich dazu entscheiden, den früheren Zustand, der sich in Preußen als mit sehr großen Unannehmlichkeiten verknüpft erwiesen hat, wieder einzuführen. Ich bin aber der Meinung, es giebt noch einen andern Weg, den des sogenannten **Matrikelsystems**, bei dem die Anwälte sich in eine Liste eintragen lassen und dann nach der Reihenfolge der Eintragung berechtigt sind, eine aufkommende Stelle anzunehmen. Es ist dies ein Weg, um die mit jenem anderen verbundenen Bedenken zu vermeiden. Ich gehe indeß auf diese Frage nicht weiter ein, es lag mir nur daran, darauf hinzuwirken, daß nicht unter jenem verschobenen Gesichtspunkt die Frage öffentlich verhandelt wird.

Meine Herren, ich will die Frage der Ermäßigung der Gerichtskosten hier nicht weiter erörtern, weil ich persönlich die Absicht habe, einen Weg, den ich bei der vorigen Etatsberathung bereits angedeutet habe, im Laufe dieser Session weiter zu verfolgen. Ich habe damals die Ansicht ausgesprochen, daß nicht der alleinige, vielleicht nicht einmal in erster Linie der Weg, zur Abhilfe des Uebelstandes zu gelangen, darin bestehe, daß man unmittelbar in die Herabsetzung der Kosten eintritt, sondern daß der richtige Weg darin besteht, eine **Vereinfachung unseres zu sehr formalistischen und umständlichen Verfahrens** herbeizuführen. Es ist mir eine sehr große Befriedigung gewesen, in dieser Hinsicht auch bei dem Herrn Staatssekretär Unterstützung zu finden, und es liegt in meiner Absicht, nach der Richtung hin weitere Versuche im Hause zu machen. Ich hielt es aber aus Rücksicht auf den Eingangs betonten Umstand, daß wir bei unserer früheren Verhandlung über den von mir gestellten Antrag nicht in der Lage waren, denselben sachlich zu erörtern, für meine Aufgabe, die Angelegenheit nochmals anzuregen.

Präsident: Das Wort hat der Herr Bevollmächtigte zum Bundesrath, Staatssekretär des Reichsjustizamts, Wirkliche Geheime Rath Dr. von Schelling.

Bevollmächtigter zum Bundesrath, Staatssekretär des Reichsjustizamts, Wirklicher Geheimer Rath, Dr. **von Schelling:** Meine Herren, die Resolution, welche im März d. J. vom hohen Hause beschlossen wurde, ist noch im Geschäftsgang des Bundesraths befangen; sie ist dem Justizausschuß zur Berichterstattung überwiesen, der Justizausschuß hat sich aber über die dem Bundesrath zu machenden Vorschläge noch nicht schlüssig gemacht.

Ich vermuthe fast, daß der Herr Vorredner mit dieser Auskunft über die formale Lage der Sache nicht befriedigt sein, vielmehr noch Andeutungen über die Aussicht, welche sich an die gedachte Resolution knüpfen, wünschen wird. Wenn dies sein Wunsch sein sollte, so kann ich darauf meinerseits nur erwidern, daß in derjenigen Konjunktur, welche ich in der vorigen Session bei Berathung des Reichsjustizetats geschildert habe, eine Aenderung nicht eingetreten ist. Die verbündeten Regierungen halten die Revision des Gerichtskostengesetzes, als eine für sich bestehende mit der Novelle von 1881 für abgeschlossen. Dagegen haben sie eine Reform der Prozeßkosten überhaupt ins Auge gefaßt und dabei den Gedanken nicht ausgeschlossen, daß in dieser

Reform auch eine Ermäßigung gewisser Gerichtskosten einbegriffen sein dürfte. Sie haben eine Vorlage im Jahre 1887 gemacht; diese Vorlage ist leider zu einem Stillstande gelangt, über dessen Ursachen ich mich nicht verbreiten will, da ich die Erörterung vermeiden möchte, durch wessen Schuld jene Hemmung herbeigeführt ist.

Ich halte es nun zwar nicht für ausgeschlossen, daß die Frage der Prozeßkostenreform wiederum in ein neues Entwickelungsstadium treten könnte, vielleicht aus Anlaß der Kombinirung mit anderen Fragen. Ich unterschätze auch in keiner Weise die Mitwirkung des Reichstags zur Förderung dieser Reform; aber das möchte ich allerdings als meine bescheidene Ueberzeugung aussprechen, daß, nachdem eine Vorlage der Regierung in diesem Hause zu keinem Resultat geführt hat, eine bloße Resolution des Reichstags wohl nicht der geeignete Weg sein möchte, um die Angelegenheit wieder in Fluß zu bringen.

Präsident: Es wünscht Niemand mehr das Wort; die Diskussion ist geschlossen.

Literatur.

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.

1. Dr. Leonard Jacobi, Dozent der Rechte an der Friedrich-Wilhelms-Universität, Rechtsanwalt und Notar zu Berlin: Entstehung und Inhalt des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Einleitender Vortrag, gehalten in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 12. Mai 1888. Berlin, Carl Heymann. 52 S. Preis 1 M.

Allen andern zuvor hat uns J. über Entstehung und Inhalt des Entwurfs belehrt. Von den zehn Abschnitten seines Vortrags behandelt I. die Vorgeschichte, II. die Ausarbeitung, III. Technik, Form und Methode, IV. Stoffvertheilung, V.—IX. die Hauptgrundsätze der fünf Theile des Entwurfs. In Abschnitt X („Zukunft des Deutschen bürgerlichen Rechts") begründet J. die Erwartung, daß nicht nur die Rechtspflege, sondern auch die Wissenschaft des Privatrechts und der Rechtsunterricht unter dem Einfluß des Entwurfs aufblühen werden.

2. Sachregister zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bearbeitet von M. Greiff, Gerichtsassessor. Berlin, 1888. Franz Vahlen. 182 S. Preis 2 M.

Das Register ist mit vorzüglicher Sorgfalt und mit Geschick gearbeitet.

3. Dr. Paul Alexander Katz, Rechtsanwalt am Kgl. Landgerichte Berlin I: Erläuternde Anmerkungen zu den Vorschriften des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bearbeitet und mit einer Einleitung versehen. 2 Bände, zusammen 746 S. Berlin 1888. Franz Vahlen. Preis geh. 9 M.

Die Einleitung giebt I. eine Uebersicht über die Geschichte der Kommission und den Bericht, der von dem Vorsitzenden derselben bei Ueberreichung des Entwurfes dem Reichskanzler erstattet wurde, und der sich über den Inhalt des Entwurfes, die ausgeschiedenen und anderen Gesetzen überlassenen Materien verbreitet (S. 1—19). Unter II. orientirt der Verfasser über einige wichtige Grundsätze des Entwurfes (S. 19—51).

Die Zusätze zu dem Gesetz selbst enthalten die ersten Anfänge kommentatorischer Arbeit, einige sachliche Erläuterungen, terminologische Erklärungen, Angaben über den Inhalt der einzelnen Abschnitte und hauptsächlich zu jedem Paragraphen Hinweise auf die in Beziehung stehenden Stellen des Entwurfs und anderer Gesetze.

4. Bekker und Fischer, Professoren in Heidelberg und Greifswald geben eine Sammlung von „Beiträgen zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich" heraus. Berlin und Leipzig, 1888, J. Guttentag (D. Collin).

Davon sind bisher erschienen:

a. F. Vierhaus, Oberlandesgerichtsrath in Cassel: Die Entstehungsgeschichte des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. In Verbindung mit einer Uebersicht der privatrechtlichen Kodifikationsbestrebungen in Deutschland dargestellt. 82 S. Preis 2 M.

Die Uebersicht, die dem eigentlichen Thema des Verfassers, einer Darlegung der Geschichte des Entwurfes, vorausgeschickt wird, bietet mit Knappheit die Daten über die Abfassung und Verkündung des preußischen A. L. R., des österreichischen A. B. G. B. und des code civil (S. 2—9), erzählt alsdann den Gesetzgebungsstreit zwischen Thibaut und Savigny (S. 9—16) und erinnert an den Beschluß des ersten Deutschen Juristentages über ein Deutsches Obligationenrecht (S. 16—18), an die gesetzgeberischen Arbeiten von 1814 bis 1866, die A. D. W. O., das A. D. H. G. B., den Dresdener Entwurf, die preußische Gesetzrevision, die bayrischen und hessischen Entwürfe und das Sächsische B. G. B. (S. 19—32). Sodann wird berichtet, wie die Zuständigkeit des Norddeutschen Bundes und des Deutschen Reiches zu privatrechtlicher Gesetzgebung anfänglich begrenzt war, und wie sie erweitert (S. 32—44), wie eine Vorkommission gebildet wurde, und welchen Gesetzgebungsplan sie vorschlug (S. 44—58), wie sich endlich die Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs zusammensetzte (S. 58—61), wie sie arbeitete (S. 61—73), wie der Entwurf zur Veröffentlichung gelangt ist (S. 73—75), und welche Arbeiten noch ausstehn (S. 75—79). In einem Schlußwort (S. 80—82) wird hervorgehoben, daß das Wesen des Staates ein einheitliches bürgerliches Recht fordert, daß die Einheit des Rechts an sich ein Gut ist, das manche inhaltliche Mängel aufzuwiegen vermag, — daß aber, wie die Geschichte zeigt, überall wo die Kodifikationsversuche scheiterten, die Kraft zur Wiederaufnahme und Vollendung des Werkes gefehlt hat, und daß in gleicher Weise die Aussicht auf

Erlaß eines bürgerlichen Gesetzbuchs für absehbare Zeit genommen würde, wenn der vorliegende Entwurf nicht Gesetz wird, — daß endlich zwar die Kritik nicht eingeengt werden darf, daß aber unter den Gründen gesetzgeberischen Mißerfolges „die maßlose Kritik in vorderster Reihe" steht. „Sie verschuldete das Scheitern des bayerischen Entwurfes, sie gefährdete ernstlich das sächsische bürgerliche Gesetzbuch und verhinderte seine Ausdehnung auf Anhalt und Thüringen, sie hätte ohne Preußens, Oesterreichs und Bayerns Machtspruch das Handelsgesetzbuch zu Falle gebracht."

Vorsorglich verwahrt sich übrigens der Verfasser dagegen, als ob diese seine Anschauungen ein Programm für die übrigen Beiträge enthalten sollten (S. 80 A. 1).

b. Dr. Ernst Immanuel Bekker, Geheimrath und Professor der Rechte zu Heidelberg: System und Sprache des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 86 S. Preis 2,25 M.

Nach einer Einleitung (§ 1) erklärt sich B. zwar (§ 2) mit der Abgrenzung des Stoffes im Entwurf nicht einverstanden, will aber daran nicht rütteln, weil jede größere Aenderung unberechenbare Folgen haben könnte. Auch die Ordnung des Stoffes (§ 3) giebt nur zu wenigen Ausstellungen Anlaß. Als „Lücken" (§ 4) empfindet B. besonders den Mangel an Vorschriften über die örtliche Herrschaft der Normen und gewisser Rechtsvermuthungen z. B. über die muthmaßliche Lebensdauer oder für den Fall, daß der Tod zweier Menschen erwiesen, aber wer zuerst verstorben, unerweislich ist. Als „überflüssig" (§ 5) erscheinen ihm gewisse nicht privatrechtliche Bestimmungen über das Aufgebot bei Seeverschollenheit, über das Verfahren bei gefundenen Sachen, dann Einzelheiten, wie §§ 78 (dessen Inhalt schon in § 77 stecke), 91, 195 u. s. w. „Unfertige Grundbegriffe" (§§ 6—9) sind nach B. z. B. die des objektiven und des subjektiven Rechts und der Rechtsgeschäfte; „sprachliche Sünden" (§§ 10—12) besonders Mangel der Volksthümlichkeit und Deutschthümeleien. § 13 zieht das Ergebniß.

Die Malice, mit der B. hierbei dem Entwurf begegnet, kann nicht überboten werden. Er befürwortet die unverweilte Annahme des Entwurfs, nicht weil derselbe gut, sondern weil er schlecht ist. Der Entwurf ist „nicht wissenschaftlich, sondern doktrinär" (S. 67). „Zugegeben, daß ein Mangel des echten gesetzgeberischen Blutes in der Kommission ersichtlich ist" (S. 75); „klares Ausdenken der Grundbegriffe liegt im Bereich ihres Könnens so wenig wie die einfach natürliche, auch den Massen verständliche Ausdrucksweise" (S. 74). „Unsere Kommission steht da ohne die wahre Schaffensfreudigkeit, ohne schöpferische Kraft und Selbstvertrauen, ihr fehlt der freie Sinn und die glückliche Hand" (S. 75). Aber „sie hat ihr Bestes gegeben, darum ein wirkliches Mehr von ihr nicht zu verlangen ist" (S. 74). Eine Neubearbeitung des Entwurfs durch sie kann also nichts helfen. Dächte man andererseits an eine neue Kommission zur Umarbeitung des alten oder Herstellung eines neuen Entwurfes, so „hört jegliche Vorausberechnung auf, die Bildung der neuen Kommission wäre ein Sprung ins Blaue so gut wie die Bildung der alten ein solcher Sprung gewesen ist" (S. 75). Dagegen gewährt die sofortige Annahme das unschätzbare Gut einheitlichen Rechts. „Kann sein, daß die nationale Eitelkeit sich wenig geschmeichelt fühlen wird durch eine Errungenschaft, um die kaum Jemand sie beneiden möchte" (S. 76). Aber die praktischen Zustände, die sich daraus entwickeln, werden kaum unerträglich sein. Ueberdies: „ist der Entwurf ein schwaches Machwerk, so wird er auch nach seiner Einführung überhaupt wenig schaden und insbesondere späteren Verbesserungen kaum im Wege stehen". Man wird Erfahrungen auf Grund des zum Gesetz erhobenen Entwurfs sammeln, Praxis und Theorie werden an der Verbesserung mitarbeiten, und schließlich wird nach Jahrzehnten eine gereiftere Kraft ein besseres Gesetz schaffen. Denn „auf die Dauer kann ein Gesetzbuch nicht befriedigen, das doch kein Gesetzbuch ist, mit der Prätension auftritt, das ganze Recht in sich zu begreifen, und dann eher die größere Hälfte desselben nicht mitumfaßt" (S. 79). — Wird trotzdem der Entwurf abgelehnt, so empfiehlt B., nicht einen neuen auszuarbeiten, sondern mit Theilgesetzen, über Obligationen-, Grundbuchrecht u. s. w. vorzugehen.

Die frohe Aussicht, daß die Zeit der Kodifikation zu Ende geht, scheint zu verschwinden; wenigstens eröffnet uns B. die Perspektive, daß nach Annahme des Entwurfs erst die wahre Kodifikation zu folgen hat. Man würde ihn indeß mißverstehen, wenn man alle seine Vorwürfe gegen den Entwurf für Ernst nähme. Offenbar wünscht er, daß derselbe Gesetz wird; er sieht, wie — um mit Vierhaus zu reden — eine „maßlose Kritik" den Entwurf verdirbt; daher karikirt er diese Kritik, indem er sie ins Ungeheuerliche übertreibt, schmeichelt ihr, indem er alle ihre Ausstellungen zugiebt, und entwaffnet sie, indem er die verhältnißmäßige Bedeutungslosigkeit der gerügten Mängel darlegt. Man muß also wohl die Taktik und die wahre Meinung von B., die man allerdings nur errathen kann, unterscheiden. —

Fragt man, was weiter zu thun ist, so erscheint es am angemessensten, die zweite Lesung des Entwurfs einer neuen, höchstens fünfgliedrigen Kommission zu übertragen. Die Mitglieder der alten Kommission — darin hat B. sicherlich Recht — sind befangen, — wie der Richter, dessen Urtheil aufgehoben worden ist, am liebsten die Entscheidung des Reichsgerichts umgeht und seine alte Meinung auf einem Umweg rettet. Auch hat der Tod die alte Kommission ihres Hauptes beraubt. — Die neue Kommission kann ferner aus wenigen Mitgliedern bestehen. Zwar zeigen W. O. und H. G. B., was große Kollegien leisten können. Aber die Aufgabe der neuen Kommission, die nur noch zu verbessern hat, erfordert nicht so zahlreiche Kräfte, und superflui nocent. Es würden sogar drei Mitglieder genügen, wenn es möglich ist, der landsmannschaftlichen Eifersüchteleien Herr zu werden. Vielleicht entschließt sich auch der Bundesrath, die zweite Lesung nicht einer Kommission zu übertragen, sondern den Staatssekretär des Reichsjustizamts mit der Ueberprüfung des Entwurfs zu beauftragen, der dann seinerseits geeignete Kräfte heranziehen wird.

5. Dr. O. Bähr: Zur Beurtheilung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. München, R. Oldenbourg, 1888. 183 S. Preis 3 M. (Sonderabdruck aus der „Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft".)

Der Werth dieser trefflichen Schrift liegt darin, daß sie eine Auseinandersetzung in den Einzelheiten vom gesetzgeberischen

Standpunkt aus hält. B's. allgemeines Urtheil über Inhalt und Form des Entwurfs lautet nicht so ungünstig, wie es von vielen andern Seiten gehört wurde, weil „seine Gedanken von dem, was überhaupt von einer Kodifikation des Rechts erwartet werden kann, minder hoch gehen". (S. 188.) Auch er findet den Entwurf zu doktrinär, wenn er es auch für unmöglich hält, ein Recht zu schaffen, das Jedermann aus dem Volke verständlich ist. In dem Sinne für materielle Gerechtigkeit steht nach seiner Meinung das preußische Landrecht über dem Entwurf. Namentlich mißbilligt er, daß vorwiegend die weitestgehenden Ansprüche berücksichtigt, und fast alle Schranken übertriebener Ansprüche weggeräumt werden (Fortfall der Anfechtbarkeit wegen laesio enormis, des Verbots, daß Interesseforderungen über das doppelte der Vertragsleistung, daß Zinsenansprüche ultra alterum tantum hinausgehen u. s. w.

6. Dr. O. Fischer, o. ö. Professor der Rechte in Greifswald: Soll Kauf Pacht und Miethe brechen? Ein Gutachten, dem Deutschen Juristentag erstattet. Zugleich ein Beitrag zur Geschichte und Dogmatik von Pacht und Miethe. Berlin und Leipzig. J. Guttentag, (D. Collin), 1888. 138 S.

Auch diese Arbeit hat den Entwurf, welcher die gestellte Frage bejaht, zum Anlaß. F. verneint sie auf Grund einer erschöpfenden rechtsgeschichtlichen, rechtsvergleichenden und wirthschaftlichen Untersuchung. §§ 1, 3 und 4 stellen das römische, germanische und gemeine deutsche Recht dar; § 2 („Werthschätzung des römischen Rechts in der heutigen Wissenschaft. Zusammenhang mit der römischen Kultur") beleuchtet im wesentlichen die Stellung der gemeinrechtlichen Literatur zur Frage. § 5 („Gesetzgebung und Gesetzgebungsarbeiten für Deutsches Rechtsgebiet seit Ende des vorigen Jahrhunderts") bespricht die Rechtsverhältnisse des Deutschen In- und Auslandes einschließlich der russisch-deutschen Ostseeprovinzen. Aus § 6 („Recht des Auslandes") erfahren wir, daß in Frankreich, Belgien, Italien, Holland, Portugal und England Kauf nicht Miethe bricht; ähnlich in den skandinavischen Reichen, wo jedoch die Miethe, um Geltung gegen Dritte zu haben, wie jedes Gebrauchsrecht, eingetragen werden muß. Nur in Spanien, wo es an einer Kodifikation fehlt, gilt das römische Recht. Doch können — im Gegensatz zum Entwurf — Miethsverträge über unbewegliche Sachen eingetragen werden. In § 7 („Gutachten") formulirt F., der die Eintragung der Miethe zulassen will, seine Meinung dahin: „Pacht und Miethe sind, ohne daß es der Eintragung bedarf, als dingliche Rechte anzuerkennen. Jeder Rechtsnachfolger des Vermiethers ist demzufolge an das Miethsrecht gebunden (Kauf bricht nicht Miethe). Nur der Ersteher bei der Zwangsversteigerung ist, sofern nicht das eingetragene Miethsrecht dem Recht des betreibenden Gläubigers vorgeht, und deshalb vom Ersteher zu übernehmen ist, berechtigt, das Miethsverhältniß unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfristen zu kündigen. Eine Aufhebung des Miethsrechts infolge einer Enteignung oder einer im Interesse der Landeskultur unternommenen Zusammenlegung ist damit nicht ausgeschlossen".

7. Justizrath Dr. jur. W. Sertern-Pauly, Rechtsanwalt bei dem Kgl. Oberlandesgericht und Landgericht zu Kiel und Notar: Der § 1102 des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich und die in Schleswig-Holstein, insbesondere in Altona, nach dem § 41 des Grundbuchgesetzes vom 27. Mai 1873 und dem früheren Recht zulässige Eintragung einer neuen Hypothek an die Stelle der erloschenen. Kiel und Leipzig, Lipsius & Tischer, 1888. 92 S.

In Schleswig-Holstein besteht das Institut der festen Prioritäten; d. h. nach Löschung einer Hypothek rücken nicht die Nachgläubiger auf, sondern der Schuldner kann an Stelle der gelöschten neue Hypotheken eintragen lassen. Der Verfasser untersucht, wie weit es noch nach Einführung der preußischen Grundbuchgesetze feste Prioritäten in Schleswig-Holstein giebt und empfiehlt die Aufnahme derselben, deren Verhältniß zur Eigenthümerhypothek dargelegt wird, in den Entwurf. — Gleichzeitig mit dieser Schrift hat der Verfasser im selben Verlag eine andere herausgegeben, die deßhalb sogleich erwähnt werden mag:

8. Die Vortheile der aus den Schleswig-Holsteinischen Schuld- und Pfandprotokollen in die Grundbücher übertragenen Gläubiger und das in den Rückwirkungsvorschriften des Grundbuchrechts in Kassel erhaltene Prinzip. Nebst Anhang: In Altona gilt, in Folge der Verordnungen aus der Zeit vor dem Grundbuchrecht, Zinsgarantie. 51 S.

Das Gesetz vom 27. Mai 1873 hat die preußischen Grundbuchgesetze in S.-H. eingeführt. Es bestimmt in § 27, daß mit der Vollendung der Grundbücher die Schuld- und Pfandprotokolle zu schließen sind. Der Verfasser prüft nun, inwieweit auf die alten, aus den Schuld- und Pfandprotokollen in die Grundbücher übertragenen Hypotheken das neue Grundbuchrecht nicht nur in formeller, sondern auch in materieller Hinsicht Anwendung findet. Es handelt sich also um die rückwirkende Kraft desselben. Das Reichsgericht hat dieselbe wenigstens für eine andere gemeinrechtliche Grundbuchprovinz verneint. Dagegen nimmt der Verfasser, der sich besonders auf gewisse Vorschriften des Gesetzes für Hessen-Kassel und darauf beruft, daß die Grundbuchgesetze für die gemeinrechtlichen Provinzen nicht wie für Altpreußen eine bloße Novelle, sondern eine Kodifikation sind, an, daß die Schließung der Pfandprotokolle eine zeitliche Grenze in dem Rechtszustand der Protokollata bildet, daß demgemäß für das, was in der Vergangenheit der Protokollata liegt, z. B. für ihre Entstehung, ihren rechtlichen Charakter und ihre Rangordnung, das bisherige Recht, und für das, was in der Zukunft der Protokollata liegt, für ihren Umfang, ihre Wirkung, ihren Uebergang und ihre Löschung „eingeführtes und neues Grundbuchrecht" des Gesetzes vom 27. Mai 1873 anzuwenden ist. — Der Anhang gilt dem Nachweis, daß zweijährige Rückstände und vorläufige Zinsen der aus den Altonaer Schuld- und Pfandprotokollen in das Grundbuch übertragenen Posten die Priorität des Kapitals haben.

Sammlungen.

1. G. A. Grotefend, Regierungsrath: Das gesammte preußisch-deutsche Gesetzgebungsmaterial. Die Gesetze und Verordnungen nebst den Erlassen, Re-

skripten, Anweisungen und Instruktionen der preußischen und deutschen Centralbehörden. Aus den Gesetzsammlungen für das Königreich Preußen und das Deutsche Reich, dem Reichs-Centralblatt dem Justizministerialblatt, dem Ministerialblatt für die innere Verwaltung, dem Centralblatt für die Unterrichtsverwaltung, dem kirchlichen Gesetz- und Verordnungsblatt, dem Amtsblatt der Reichspostverwaltung, dem Eisenbahnverordnungsblatt und dem Centralblatt der Abgabengesetzgebung chronologisch zusammengestellt. Dazu als Ergänzung angehängt: Theorie und Praxis des Deutschen Reichsgerichts und des preußischen Oberverwaltungsgerichts. Jahrgang 1887. Düsseldorf, L. Schwann. 512 und 158 S. Preis geh. 10 M., geb. 11,50 M.

Diese Sammlung ist bereits in früheren Anzeigen empfohlen worden.

2. Otto Held, Königlicher Polizeirath in Stettin: Gesetze und Verordnungen für die Polizeiverwaltung und Strafrechtspflege unter besonderer Berücksichtigung der von dem Herrn Oberpräsidenten der Provinz Brandenburg, von dem Herrn Regierungspräsidenten und der Königlichen Regierung zu Potsdam erlassenen Polizeiverordnungen. Berlin, Carl Habel (C. G. Lüderitz), 1887. 783 S.

In der ersten Abtheilung dieser brauchbaren Sammlung werden zuvörderst die allgemeinen Bestimmungen über Fach und Zuständigkeit der Polizeibehörden, dienstliche Verhältnisse der vollstreckenden Polizeibeamten, Verfahren u. s. w. zusammengestellt. Es folgen dann in 4 besonderen Abschnitten die Vorschriften über gerichtliche, Ordnungs- und Sitten-, Sicherheits- und Unfall- und Sach- (Wohlfahrts-) Polizei. Zur Erläuterung sind in Anmerkungen die Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden und -gerichte hinzugefügt.

Während die erste Abtheilung die allgemeinen Gesetze und Verordnungen für das ganze Land enthält, bringt die zweite Verordnungen und Bestimmungen des Ober- und Regierungspräsidenten, sowie der Regierung zu Potsdam.

3. Carl Koch, Rechtspraktikant: Systematische Uebersicht über die Gesetzgebung des Deutschen Reichs von 1867—1888. München, J. Schweitzer, 1888. 188 S.

Der systematischen Verzeichnung der Gesetze ist ein gutes Register beigefügt.

4. A. Bolze, Reichsgerichtsrath: Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen. Bd. IV. 462 S. 1887. Bd. V. 438 S. 1888. Leipzig, F. A. Brockhaus.

Von dieser Sammlung, die sich längst eingebürgert hat, sind der erste Band ausführlich besprochen, die übrigen regelmäßig angezeigt worden. Der 4. Band bringt wiederum 1586, der 5. 1423 Entscheidungen, außerdem jeder Band ein Sachregister.

5. Dr. jur. Emil Sehling, Dozent der Rechte an der Universität Leipzig: Sammlung der Reichsgesetze civilrechtlichen Inhalts mit Ausschluß der handels-, wechsel- und seerechtlichen, sowie der im Reichsstrafgesetzbuche und in den Reichsjustizgesetzen enthaltenen civilrechtlichen Bestimmungen. Textausgabe. Leipzig, Veit & Comp. 1888. 583 S.

Der Verfasser giebt einen handlichen Codex des Reichscivilrechts, unter Ausschluß der großen im Titel bezeichneten Gesetzgebungen. Gesetze von vorwiegend civilrechtlichem Inhalt sind ganz, — soweit sie nur vereinzelte Privatrechtsbestimmungen enthalten, sind nur diese abgedruckt. Die Ordnung schließt sich der Zeitfolge der Gesetze an. Ein gutes Register fehlt nicht.

6. Reinhold Johow, Geheimer Oberjustizrath: Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit und in Strafsachen. VII. Band (1887—1888). Berlin 1888, Franz Vahlen. 342 S. Preis 5 M.

Da der Wochenschrift diese Sammlung zum ersten Mal vorliegt, so ist darauf hinzuweisen, daß sie I. Entscheidungen des ersten Senats des Kammergerichts, welcher für die ganze Monarchie zur Entscheidung über das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit berufen ist, und II. Entscheidungen des Strafsenats des Kammergerichts bringt, welcher über Revisionen in Strafsachen aus der ganzen Monarchie erkennt, soweit sich dieselben auf Landesrecht stützen. Von den Entscheidungen betreffen Nr. 1—14 allgemeine Grundsätze über das Rechtsmittel der Beschwerde und der weiteren Beschwerde, Nr. 15—17 Erbbescheinigungs- und Nachlaß-, Nr. 18—28 Vormundschafts-, Nr. 29—64 Grundbuch-, Nr. 65—76 Kosten- und Stempel-, Nr. 77—119 Strafsachen. — Ein Anhang (S. 301—308) hat mehrere Grundbuchfragen zum Gegenstand.

In Nr. 40 hat das Kammergericht wiederum angenommen, daß, wenn der Anwalt den hypothekarischen Eintrag einer Urtheilssumme beantragt, die Gebühren hierfür nicht nach § 697 C. P. O. ohne weiteres, sondern nur auf Grund besonderen Festsetzungsbeschlusses eingetragen werden können. Die Anschauungen, von denen diese Entscheidung ausgeht, decken sich mit denen eines Reichsgerichtsurtheils, das im Anhang mitgetheilt wird. Nach Nr. 10 und 11 kann der Notar, wenn ein Antrag auf Eintragung wegen Unzulänglichkeit der von ihm aufgenommenen Urkunde beanstandet wird, zwar nicht im eignen Namen, aber ohne besondere Vollmacht der betreffenden Grundbuchbetheiligten Beschwerde erheben.

7. K. Parey, Königl. Verwaltungsgerichts-Direktor a. D.: I. Ergänzungsband der Rechtsgrundsätze des Königl. Preuß. Ober-Verwaltungsgerichts. 140 S. Preis 2,80 M. 1887.

K. Parey, Verwaltungsgerichts-Direktor a. D. und A. Wiedemann, Landesrath a. D.: Rechtsgrundsätze des Königl. Preuß. Ober-Verwaltungsgerichts. Zweite Reihe. 244 S. Preis 5,50 M. Beides bei J. J. Heine, Berlin erschienen.

Die von K. Parey herausgegebene Hauptsammlung der Rechtsgrundsätze des O. V. G. ist im vorigen Jahr angezeigt worden. Dieselbe hat die ersten 12 Bände der Entsch. des O. V. G. umfaßt. Der erste Ergänzungsband bringt in derselben

Weise die Grundsätze des 13. und 14. Bandes und eine Nachlese aus den übrigen.

Die „Zweite Reihe“ ist gleichartig aus denjenigen Entscheidungen zusammengestellt, welche in der von den Mitgliedern des O. V. G. herausgegebenen Sammlung nicht enthalten sind. Außerdem hat sich die Sorgfalt der Verfasser wiederum durch Beigabe von ausführlichen Verzeichnissen bewährt.

Jedoch ist für die folgenden Sammlungen und Auflagen ein Wunsch auszusprechen. Die Verfasser beschränken sich auf die Mittheilung der abstrakten Rechtssätze, ohne zugleich den Thatbestand auch nur anzudeuten. Nothwendig müssen so die Rechtssätze vielfach undeutlich sein. Die civilrechtlichen Sammlungen haben dies immer mehr bedacht, und das Bedeutendste, was in dieser Art geleistet worden ist, die Rehbein'sche Sammlung der Obertribunals-Entscheidungen, hat einen Hauptvorzug in der ebenso knappen wie mustergiltigen Darstellung des Sachverhalts. Wie viel mehr ist dies im Verwaltungsrecht Bedürfniß, das soeben erst beginnt, Gegenstand wissenschaftlicher Bearbeitung zu werden und an dessen Literatur nur selten eigens vorgebildete Leser herantreten!

8. **Hermann Jastrow, Richter am Kgl. Amtsgericht I zu Berlin: Dr. C. F. Koch's Formularbuch und Notariatsrecht für den Geltungsbereich des allgemeinen Landrechts. Zum Gebrauche für Richter, Notare, Rechtsanwälte und Referendare. Neu bearbeitet. Neunte Auflage. Berlin und Leipzig, J. Guttentag (D. Collin). 1888. 659 S. Preis 10 M.**

Das berühmte Buch ist, wie der Herausgeber im Vorwort erwähnt, vor 17 Jahren, kurz vor dem Tode von Koch, zum letzten Mal erschienen. Seitdem ist die Reichsgesetzgebung, sind die großen preußischen Gesetze über Grundbuch, Vormundschaft und Hinterlegung ergangen. In vollständiger Umarbeitung, bei der der Herausgeber jedoch die Anlage des Buches im Großen unverändert gelassen hat, ist dasselbe auf den Stand der heutigen Gesetzgebung zurückgeführt worden. Der erste Abschnitt (Notariatsrecht) ist zu einer vollständigen systematischen und kommentatorischen Darstellung des Notariatsrechts erweitert. Die systematische Darstellung enthält einen Abriß der Geschichte der Notariatsgesetzgebung seit der Reichsnotariatsordnung von 1512, die Literatur, die Verfassung des Notariats, das Dienstrecht der Notare und ihre sachliche Zuständigkeit (S. 3—45). Der Kommentar zu den Notariatsgesetzen (vom 11. Juli 1845 und vom 8. März 1880 und §§ 702—5 C. P. O.) ist außerordentlich reichhaltig (S. 45—143). Den zweiten Abschnitt bildet das Formularbuch, dessen erste Abtheilung die Beispiele für die allgemeinen Förmlichkeiten („Notarielle Akte und deren Ausfertigung — „Gerichtliche Akte“ S. 144—167), während die zweite Beispiele von Urkunden über die einzelnen Rechtshandlungen und Geschäfte bietet. Dieses Formularbuch hatte Koch ebenso angeordnet wie sein preußisches Privatrecht. Dadurch sind jedoch praktische Unzuträglichkeiten entstanden, derentwegen der Herausgeber folgende Eintheilung des besonderen Theils gewählt hat: A. Personenrecht (Statuten von Körperschaften, welche die Rechte juristischer Persönlichkeit erlangen sollen; Kirchenaustritt). B. Immobiliar- und Grundbuchrecht (Veräußerung der Grundstücke, besondere Arten der Veräußerung und Hingabe der Grundstücke gegen Rentenerwerb, selbstständige Errichtung dinglicher Rechte, Hypotheken- und Grundschulden, antichretische Verträge, Fideikommisse, Landgüterrolle, Grenzregulirung). C. Mobiliar-Sachenrecht (Veräußerungsgeschäfte, Verpfändungen, anderweite Geschäfte). D. Obligationenrecht (Allgemeine Rechtsgeschäfte, Darlehen, Verdingungsverträge, Schenkungen, Vollmacht, Verwaltungen, Interzessionen, Gesellschaftsverträge, Verwahrungsvertrag, Hinterlegungswesen, Staatsschuldbuch). E. Handelsrecht (einzelne Handelsgeschäfte, die öffentlichen Register des Handels- und Urheberrechts, die Handelsgesellschaften mit geschlossener Mitgliederzahl, die Aktiengesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien, die eingetragene Genossenschaft). F. Wechselrecht (Wechselurkunden, Wechselproteste). G. Seerecht. H. Familienrecht (Eherecht, Rechte der Eltern und Kinder, Vormundschaftsrecht). I. Erbrecht (Testamentshandlungen, Erbverträge, Erwerbung und Theilung der Erbschaft). K. Urkunden zu prozessualen Zwecken. L. Taxationsinstrumente. Diese Uebersicht ergiebt, daß das Buch vollkommen erschöpfend ist. — Der Abschnitt K wie der Anhang (Stempel- und Kostengesetze) sind neu hinzugekommen. Andere Theile des Buches (Grundbuch, Hinterlegung, Aktienrecht und Vormundschaft) sind jedoch gleichfalls vollständig neu.

9. **Jahrbücher der würtembergischen Rechtspflege, herausgegeben von den Mitgliedern des Oberlandesgerichts zu Stuttgart und des Vorstandes der württembergischen Anwaltskammer. Tübingen 1887, H. Laupp. Preis für je 3 Hefte 6 M.**

Von dieser Zeitschrift ist nur das erste Heft des ersten Jahrgangs vorgelegt worden, und es ist dem Berichterstatter nicht bekannt, ob sie forterscheint. Das erste Heft bringt Entscheidungen des Oberlandesgerichts in Streit- und Strafsachen (S. 1—79), des Verwaltungsgerichtshofes (S. 79—86), Mittheilungen des Vorstandes der Anwaltskammer (S. 86—93), einen Erlaß des Oberlandesgerichts zur Frage über die Behandlung überschuldeter erbloser Verlassenschaften nebst den zugrunde liegenden Materialien (S. 93—124) und zur Lehre von der alternativen Obligation eine Entscheidung des Landgerichts Rottweil (S. 124—131).

Nach einem Beschluß des Vorstandes der Anwaltskammer ist der am Sitz des Amtsgerichts wohnhafte, aber nicht bei diesem, sondern beim Landgericht zugelassene Anwalt nicht verbunden, der Beiordnung zum Armenanwalt durch das Amtsgericht Folge zu geben. G.

Personal-Veränderungen.

Zulassungen.

Rechtsanwalt Grönhoff beim Amtsgericht Ahlen; — Karl August Kirsten beim Landgericht Gotha; — v. Mühlenfels beim Amtsgericht Stolzenau; — Dr. Valentin Fuchs beim Amtsgericht Kulmbach; — Ullmann beim Landgericht Magdeburg; — Felix Schiekopp beim Amtsgericht Kaukehmen.

Löschungen.

Geheimer Justizrath Dr. Caspary zu Moritzberg beim Landgericht Hildesheim; — Karl Theodor Läcke beim Amtsgericht Zittau; — Karl Friedrich Kurt v. Rechenberg beim Amtsgericht Bautzen. — Geheimer Justizrath Gustav Rendtorff beim Landgericht Kiel.

Ein **Büreaugehilfe,** der bereits die Vorsteher-Stelle vertreten hat, sucht per 1. Januar a. fut. als **Büreauvorsteher** anderweite Stellung. Gefällige Offerten werden unter **M. K. 100** postlagernd Groß-Strehlitz a./S. erbeten.

Ein durchaus tüchtiger und zuverlässiger, selbstständig arbeitender **Büreau-Vorsteher,** gewandt im Entwerfen von Notariats-Akten und Schriftsätzen aller Art, vertraut mit dem Stempel-, Gebühren- und Kostenwesen, sucht per sofort oder 1. Januar 1889 anderweit Stellung, wo Kautionsleistung ev. erbötig. Gefl. Offerten unter Chiffre **S. T. 89** an die Exped. dieser Zeitung.

Ein **Expedient,** mit dem Expeditions-, Notariats- und Liquidationswesen, insbesondere in Anfertigung von Schriftsätzen vollständig vertraut, sucht Stellung zum 1. Januar oder früher, am liebsten in Berlin. Offerten bitte unter **M. L. 3** Exped. d. Bl.

Ein **Gerichtsassessor** wünscht sich mit älterem Anwalt zu assoziiren. Offerten unter **B. 52** an die Expedition dieser Zeitschrift.

Aelterer Kammergerichtsreferendar wünscht bei Berliner Anwalt Beschäftigung als **Hilfsarbeiter.** Offerten unter **J. U. 3843** an Rudolf Mosse, Berlin S.W.

Alfred Lorentz in Leipzig, Kurprinzstr. 10 offerirt: Oppenhoff, Kom. z. Strafgesetzbuch 10. A. 1885. Br. statt M 15.— zu M. 8.—; dasselbe Eleg. Hfrz. statt M. 17.— zu M. 9.50. Zeitschrift f. d. ges. Hd. R. Hrsg. v. Goldschmidt u. Laband. Bd. 1—29 u. Beilageheft zu Bd. 3, 4, 6, 7, 12, 19, 21, 23 u. 29 u. Reg. zu Bd. 1—11, 11—15, 16—20. Ganz compl. Serie. Elg. Hfrz. zu M. 450.— schönes Exempl.

Klassiker-Gesamtwerke zu bedeutend herabgesetzten Preisen. Goethe, 45 Bde., 18 M.; Goethe (Auswahl), 16 Bde., 6 M.; Hauff, 5 Bde., 3,50 M.; Heine, 12 Bde., 6 M.; Kleist, 1 Bd., 1,75 M.; Körner, 2 Bde., 1,60 M.; Lenau, 2 Bde., 1,75 M.; Lessing, 6 Bde., 5,25 M.; Reuter, 7 Bde., 28 M.; Schiller, 12 Bde., 6 M.; Shakespeare, 12 Bde., 6 M.; Zschokke, (hum. Novellen), 3 Bde., 3 M., u. a. liefert **neu und fehlerfrei in prachtvollen rothen Einbänden franko.**

Emil Lange, Buchhandlung,
Leipzig 26.

Schnellste und billigste Besorgung aller zu Festgeschenken passende Bücher und Musikalien.

Weihnachtskatalog gratis.

Neuer Verlag von Breitkopf & Härtel in Leipzig.

Das preussische Staatsrecht.

Auf Grundlage des Deutschen **Staatsrechts**

dargestellt von

Dr. Hermann von Schulze - Gaevernitz.

Zweiter Band. Erste Lieferung. Zweite Auflage.

282 S. gr. 8°. Geh. 5 M.

Das Erscheinen der neuen Auflage des ausgezeichneten Buches ist von der Fachpresse mit einstimmiger Anerkennung begrüsst worden. Dem im Frühjahre versandten 1. Bande folgt hier die erste Lieferung des 2. Bandes (Das Regierungsrecht), während die Schlusslieferung um Ostern kommenden Jahres erscheinen sollte. Infolge des letzthin so unerwartet erfolgten Todes des Verfassers wird diese Absicht sich kaum verwirklichen lassen; indessen ist zu hoffen, dass es möglich sein wird, das Werk in der neuen Bearbeitung binnen Kurzem zum Abschluss zu bringen.

Association Berliner Schneider. (Friedrich Modler & Co.)

Berlin S., **Mathieustraße 3**
empfiehlt ihre Spezialität von
Amtsroben u. Baretts.
Für **Richter:** von M. 25—54.
Für **Rechtsanwälte:** von M. 25—45.
Für **Gerichtsschreiber:** von M. 15—30.
Bei freier Zusendung.
Maßnahme: Ganze Größe, Brustweite u. Kopfweite. Herrenbekleidungsstücke werden elegant angefertigt.

Aufträge in Rechtssachen, welche in irgend einem Canton der

Schweiz

anhängig sind oder werden, besorgt

Rechtsanwalt **Baumeister**
in Rorschach.

Aus unserm Verlage empfehlen als

Weihnachtsgeschenke

besonders geeignet, folgende

Prachtwerke:

Dante's Göttliche Komödie

übersetzt von **Wilh. Krigar,** mit 136 Illustrationen von **Gustav Doré.**
2 Bände gr. Folio in Original-Prachtband. Preis 112 Mark 75 Pf.

Lafontaine's Fabeln

übersetzt von **Ernst Dohm,** mit 348 Illustrationen von **Gustav Doré.**
2 Bände gr. Folio in Original-Prachtband. Preis 112 Mark 75 Pf.

Das Werk kann in beliebigen Zwischenräumen auch in Lieferungen à 2 Mark durch jede Buchhandlung bezogen werden.

Hiltl, Georg. Waffensammlung

Sr. Königlichen Hoheit des Prinzen Carl von Preußen.
Mittelalterliche Abtheilung.
Cartonnirt 30 Mark, fein gebunden 35 Mark.

Das Buch vom Schwanenorden.

Ein Beitrag zu den
Hohenzollerischen Forschungen von Dr. R. **Graf Stillfried** und **S. Haenle**
Mit 41 Abbildungen. Preis cartonnirt 60 Mark, geb. 65 Mark.

Die Ritter des Königlich Preußischen Hohen Ordens
vom
Schwarzen Adler
und ihre Wappen (1701—1880).

Groß 4°. 8 Bogen Text und 75 Tafeln mit 13? Wappen in Farbendruck.
60 Mark, gebunden 65 Mark.

Bismarck's
Geflügelte Worte in Bild und Schrift.

In gr. 4°. Mit 19 Illustrationen hervorragender Künstler.
In reichem Original-Einbande 5 Mark,
in elegantem illustrirten Umschlag broschirt 3 Mark 50 Pf.

Ferner empfehlen:

Dr. Hermann Klee,
Das preußische Königthum und Kaiser Wilhelm I.
Eine historisch-politische Studie.

Das Werk ist in edler Sprache geschrieben und von den größeren Tagesblättern sehr günstig recensirt.

Preis broch. 3 Mark, elegant gebunden 4,50 Mark.

Wechselnde Lichter.

Gesammelte Gedichte und poetische Vorträge
von **Richard Schmidt-Cabanis.**

Preis broschirt 2 Mark, elegant gebunden mit Goldschnitt 3 Mark.

Henriette von Wächter,
Praktisches Kochbuch für junge Hausfrauen.

Nebst vollständigem Küchenzettel für jeden Tag des Jahres.
Eine Mitgabe für Töchter aller Stände.
2. Auflage. Preis broschirt 3 Mark, gebunden 3,75 Mark.

Zu beziehen durch alle Buchhandlungen. Gegen Einsendung des Betrages versendet die unterzeichnete Verlagshandlung die gewünschten Werke an die geehrten Besteller franco per Post.

W. Moeser Hofbuchhandlung, Berlin, Stallschreiberstr. 34. 35.

Für die Redaktion verantw.: S. Haenle. Verlag: W. Moeser Hofbuchhandlung. Druck: W. Moeser Hofbuchdruckerei in Berlin.

Dieser Nummer liegt bei: Prospekt über diverse Juristische Werke aus dem Verlage von Palm & Enke in Erlangen.

№ 55 und 56. Berlin, 29. Dezember. 1888.

Juristische Wochenschrift.

Herausgegeben von

S. Haenle, Justizrath, Rechtsanwalt in Ansbach.
und
M. Kempner, Rechtsanwalt beim Landgericht I. in Berlin.

Organ des deutschen Anwalt-Vereins.

Preis für den Jahrgang 20 Mark. — Inserate die Zeile 40 Pfg. — Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt.

Inhalt.

Aufsätze für die Juristische Wochenschrift, welche acht Spalten überschreiten, können nur ausnahmsweise angenommen werden. Aufsätze, welche sich auf Angelegenheiten des Anwaltstandes und die Reichsjustizgesetze beziehen, erhalten den Vorzug. Die Redaktion.

Hülfskasse für deutsche Rechtsanwälte.

Die Kammer im Bezirke des Oberlandesgerichts zu Stettin hat der Kasse abermals eine Beihülfe von 800 Mark überwiesen. Der Kammer und ihrem Vorstande ist der herzlichste Dank ausgesprochen.

Sind nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechts die von einem ausländischen Staat auf ausländische Inhaberpapiere gelegten Steuern (Russische Couponsteuer) von dem inländischen Besitzer solcher im Inlande einlösbaren Papiere zu tragen?

Entscheidung des Reichsgerichts I. Civilsenat i. S. Russische Naphta-Produktions-Gesellschaft in St. Petersburg c. Ottmann vom 9. Juli 1888, Nr. 150/88 I.
II. J. Kammergericht.

Die Beklagte ist eine auf Grund des durch Kaiserlich Russischen Ukas vom 18. Mai 1879 bestätigten Statuts in St. Petersburg errichtete anonyme Gesellschaft. Der § 73 des Statuts lautet in französischer Sprache:

> Pour tous les cas non prévus par les présents statuts la société se conforme aux réglements constitués pour les Sociétés par actions ainsi qu'aux lois générales, qui ont rapport au but de la Société qu'à celles, qui seront promulgées dans l'avenir.

Auf Grund einer durch Kaiserlichen Ukas vom 18. März 1883 erhaltenen Ermächtigung nahm sie durch Ausfertigung und Ausgabe von auf den Inhaber lautenden Obligationen im Gesammtbetrage von Fünf Millionen Rubel eine Geldanleihe auf. Die Anleihe zerfiel in 12 232 Obligationen, von denen 815 über je fünf Obligationen, die übrigen über je vier Obligationen lauteten. Auf jedem Stücke war die Summe, über welche es lautete, in Metallrubeln, Francs, Pfund Sterling und Reichsmark am Kopfe genannt, so daß die Stücke über je eine Obligation in dem dem russischen beigedruckten französischen Texte die Ueberschrift trugen:

> Rbls. m. 250.
> Société pour l'Exploitation du Naphte Noble Frères
> 6 % Obligation
> de
> Deux cent Cinquante Roubles
> Métalliques
> ou 1000 Francs ou £ 40 Sterling ou 820 R.-Mark.

Im Text der Obligationen hieß es:

> Le porteur de cette Obligation participe pour Deux Cent Cinquante roubles métalliques soit Mille francs soit Quarante Livres Sterling soit Huit Cent Vingt marcs d'Allemagne à l'emprunt de cinq millions de roubles pp., contracté aux conditions énoncées au verso et garanti de préférence à toutes les autres dettes de la Société par tous les revenus, le fonds de réserve et tous les pp. meubles et immeubles de la Société pp.
>
> Les intérêts à raison de six pour Cent par an, sont payés sur présentation semestriels, le 1./13. Avril, et le 1./13. Octobre de chaque année, à St. Petersbourg, au siège de l'Administration de la Société, ainsi qu'à l'étranger chez les banquiers de la Société.

Auf der Rückseite waren die Anleihebedingungen in Russischer und Französischer Sprache abgedruckt. In denselben war entsprechend der Deutschen Uebersetzung, in der sie in dem noch zu erwähnenden Prospekte der emittirenden Bankinstitute wiedergegeben wurden, gesagt:

1. Auf Grund des § 24 der Statuten der Naphta-Produktionsgesellschaft Gebr. Nobel, welche am 18. Mai 1879 von Sr. Majestät dem Kaiser sanktionirt und ꝛc. Beschlüssen des Minister-Komites entsprechend abgeändert und vervollständigt sind, ist die genannte Gesellschaft zur Emission von Obligationen im Betrage von Fünf Millionen Rubel gleich drei Millionen achtundfünfzigtausend zweihundert neun und zwanzig Rubel siebenzehn Kopeken Metall ermächtigt.
5. Die Obligationen tragen Sechs Prozent Zinsen fürs Jahr, mithin 15 Rubel Metall jährlich für jede Obligation. Diese Zinsen werden halbjährlich am 1./13. April und am 1./13. Oktober jeden Jahres in St. Petersburg am Sitze der Verwaltung der Gesellschaft und im Auslande bei denjenigen Banquiers der Gesellschaft bezahlt, welche in den nach Artikel 17 der gegenwärtigen Bedingungen bestimmten Zeitungen vor Fälligkeit des Coupons durch öffentliche Bekanntmachungen werden bezeichnet werden.
2. Diese Obligationen sind sämmtlich auf den Inhaber ausgestellt zum Minimalwerthe von je 250 Rubel Metall = 1000 Francs = 40 Livres Sterling = 820 Mark Deutscher Reichswährung.
6. Die Obligationen werden im Laufe von elf Jahren vom Tage ihrer Emission ab getilgt. Zu dieser Tilgung werden jährlich sieben Prozent des Nominalwerthes des gesammten Obligationenkapitals verwendet.
7. Die Tilgung der Obligationen wird durch Verloosung bewirkt ꝛc.
12. Zur Bezahlung der 6 % Obligationszinsen und zur Tilgung sind alljährlich dreizehn Prozent des Nominalbetrages sämmtlicher Obligationen in Metallwährung von dem Reingewinne der Gesellschaft vorab zu verwenden und zwar vor der nach Artikel 48 des Statuts vorgeschriebenen Dotirung des Reservefonds und vor der Bezahlung der Dividenden.
17. Alle die Zinsenzahlung und Tilgung der Obligationen betreffenden Anzeigen müssen in dem „Messager officiel“, dem „Journal de St. Petersbourg“ und in Zeitungen der beiden Hauptstädte veröffentlicht werden.

Die mit den Obligationen ausgegebenen Zinscoupons lauteten nach der auf der Rückseite befindlichen französischen Uebersetzung des in russischer Sprache auf der Vorderseite befindlichen Textes:

Société pour l'Exploitation du Naphte Nobel Frères.

— me coupon de l'obligation.

L. 1./13. Avril 18 . . il sera payé au porteur 7 r. 50 c. mét. à St. Pétersbourg au Siège de l'Administration ou 30 francs = £ 1. 4 sh. = m. 24. 60 pf. à l'étranger chez les banquiers de la Société.

L. Directeur pp.

Rbls. 7. 50 c. mét. = 30 fr. = £ 1. 4 sh. = m. 24. 60 pf.

Durch Vertrag vom 23. Mai 1884 hatte die Beklagte 5500 Stück dieser Obligationen, wie es heißt „à 820 Mark“ unter Einräumung des Optionsrechts auf die weiteren 5750 Stück der Direktion der Diskontogesellschaft zu Berlin und der Berliner Handelsgesellschaft daselbst zum Course von 738 Mark per Stück fest verkauft und in diesem Vertrage sich verpflichtet, „die Coupons ihrer Obligationen und ihre zur Rückzahlung gelangenden Obligationen sowie die Dividendenscheine ihrer Aktien ausschließlich bei der Direktion der Diskonto-Gesellschaft und der Berliner Handelsgesellschaft zahlbar zu machen, auch die zur Einlösung erforderlichen Mittel diesen Stellen 14 Tage vor Verfall zu überweisen und ¼ % Provision des eingelösten Betrages zu vergüten.“ Es wurde noch außerdem von der Beklagten versprochen, die Dividendenscheine der Aktien in Berlin in Mark zum Course der russischen Banknoten des Verfalltages einzulösen.

Diese beiden Bankinstitute in Berlin haben im Juni 1884 11 250 Stück dieser Obligationen, bezeichnet = „Nom. Mark 9 225 000“ auf Grund eines veröffentlichten Prospekts zum Preise von 97½ % des Nominalbetrages = 799,50 Mark für die Obligation von Nom. Mark 820 zur Subskription gestellt. Die Anleihe wurde in dem Prospekt bezeichnet als „6 % Goldanleihe zum Gesammtbetrage von 5 000 000 Rubel = 3 058 229,17 Rubel Metall in 12 232 Obligationen zu Rbl. Met. 250 = M. 820 = £ 40 = Frcs. 1000“. Abgedruckt waren die Anleihebedingungen und es war angegeben: „Die Gesellschaft ist vertragsmäßig verpflichtet, die halbjährlichen Zinsen und die zur Rückzahlung gelangenden Kapitalbeträge in Berlin bei der Direktion der Diskonto-Gesellschaft und der Berliner Handelsgesellschaft zahlbar zu stellen, auch die Nummern der verloosten Obligationen sowie die jedesmalige Jahresbilanz durch mindestens drei deutsche Zeitungen zu veröffentlichen.“ Auch zu Letzterem hatte sich Beklagte den beiden Bankinstituten in dem Vertrage verpflichtet.

Durch die Kaiserliche Verordnung vom 20. Mai 1885 erfolgte hierauf für Rußland eine Besteuerung der Einkünfte aus Geldkapitalien. Die Verordnung ist bezeichnet als „Verordnung, betreffend die Besteuerung der Einkünfte aus Geldkapitalien“. In derselben heißt es:

1. Die Steuer von den aus Geldkapitalien bezogenen Einkünften wird erhoben
   a) von den Einkünften aus verzinslichen Papieren, und zwar aus Staats-, Kommunal- und Privatpapieren aller Bezeichnungen,
   b) von den Einkünften, welche aus Einlagen auf laufende Rechnung oder aus anderen verzinslichen Einlagen resultiren, welche bei Staats-, Communal- und Aktien-Banken und gegenseitigen Kreditgesellschaften gemacht werden,
2. der Veranlagung unterliegen nicht
   a) die Zinsen von solchen Papieren, welchen auf Grund der ihnen zu Grunde liegenden Emissionsbedingungen Steuerfreiheit zugesichert ist und die in dem dieser Vorlage beigefügten Verzeichniß aufgeführt sind. (Darunter befinden sich die hier in Rede stehenden Obligationen nicht.) ꝛc.
3. die Steuer von den aus verzinslichen Staatspapieren bezogenen Einkünften wird entweder im Wege der

Einbehaltung des Steuerbetrages bei der Auszahlung der Zinsen und Prämien oder in Gestalt eines entsprechenden Abzugs bei dem Empfang der Coupons bei den Staatskassenzahlungen eingezogen.

4. die Steuer von den aus zinstragenden Papieren, welche von öffentlichen oder privaten Instituten emittirt sind, resultirenden Einnahmen wird von der vollen Summe des periodischen Zinsenbetrages erhoben, welcher auf die in Umlauf befindlichen Papiere entfällt und durch die erwähnten Institute im Verlaufe eines Monats von dem für die Auszahlung der Zinsen festgesetzten Termine ab gerechnet an die Rentei entrichtet. Hiernach behalten die genannten Institute die von ihnen an den Fiskus eingezahlte Steuer den Empfängern der Zinsen ein.

Die Beklagte hat hierauf den betreffenden Steuerbetrag bei den Auszahlungen zu den Zinsterminen den Zinscouponsinhabern in Abzug gebracht. Kläger, als Inhaber einer Anzahl im April 1887 fällig gewordenen Zinskoupons, und zwar von 100 Stück über je 24 Mark 60 Pf. und von 240 Stück über je 123 Mark, will diesen Abzug nicht gelten lassen und hat nach Präsentation der Zinscoupons in Berlin bei der Direktion der Diskontogesellschaft zur vollen Zahlung am 15. April 1887, bei welcher er nur 30 381 Mark gezahlt erhielt, indem ihm 1 599 Mark auf die Steuer abgezogen wurden, welche Zahlung er unter Vorbehalt seiner Rechte auf den Ueberrest annahm, bei dem Landgericht zu Berlin, unter welchem Vermögen der Beklagten vorhanden, gegen dieselbe Klage auf Zahlung der 1 599 Mark erhoben. Er ist der Ansicht, daß das Russische Steuergesetz Couponbesitzern, die nicht Russen seien, nicht berühren könne, insbesondere da nach Inhalt der Obligationen und Zinscoupons unter Berücksichtigung der Emission in Berlin und des Vertrages der Beklagten mit den emittirenden Berliner Bankinstituten Berlin als Erfüllungsort für die Zinszahlung anzusehen sei. Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. Sie bestreitet, daß Berlin der Erfüllungsort sei. Nach ihrer Auffassung kommen hierfür nur der Inhalt der Obligationen und der Zinscoupons sowie die Anleihebedingungen, nicht aber die Vereinbarungen, welche sie mit den Berliner Bankinstituten bei Ueberlassung der Obligationen an diese getroffen, in Betracht. Nach dem Inhalt der Obligationen und Zinscoupons sowie den Anleihebedingungen habe aber nur sie, die Beklagte, es sich vorbehalten, nach ihrem Ermessen auch Zahlstellen außerhalb Rußlands zu bezeichnen. Dies sei aber auch in Betreff der im April 1887 fällig gewordenen Zinscoupons nicht einmal erfolgt. Ueber diesen Punkt hat in der Berufungsinstanz eine Beweisaufnahme stattgefunden. Der als Zeuge vernommene Geschäftsmitinhaber der Direktion der Diskontogesellschaft überreichte ein Schreiben der Beklagten vom 7/15. Juli 1884 an die Direktion der Diskontogesellschaft, in dem es heißt: „Wir depeschirten Ihnen heute: „In heutiger Publikation bemerken, daß Zahlung hier an unserer Cassa erfolgt und bei unseren ausländischen Banquiers, deren Namen aufzugeben uns vorbehalten, was wir hiermit bestätigen. Ihnen steht es selbstverständlich frei, in den dortigen Publikationen die Zahlstellen in Berlin bei Ihnen und bei der Handelsgesellschaft aufzugeben und der Londoner und Pariser Firmen in einer späteren Publikation zu erwähnen." Der genannte Zeuge und der außerdem als Zeuge vernommene Geschäftsinhaber der Berliner Handelsgesellschaft, Justizrath W., überreichten ferner als Belagsblätter Exemplare des Petersburger Regierungsanzeigers und des Journal de St. Petersbourg vom $\frac{\text{22. September}}{\text{4. Oktober}}$ 1884, beziehentlich $\frac{\text{28. September}}{\text{8. Oktober}}$ 1884, welche die Bekanntmachung der Beklagten enthielten, daß die Zahlung des Coupons Nr. 2 mit dem Termine vom 1/13. Oktober 1884 sowie die Zahlung der am 2/14. Juli 1884 gezogenen Obligationen vom 1/13. Oktober 1884 ab in St. Petersburg bei der Kasse der Direktion und im Auslande in Berlin bei der Direktion der Diskontogesellschaft und der Berliner Handelsgesellschaft, in Paris bei Herren von Rothschild frères und in London bei der National-Provincial Bank of England limited erfolgen werde.

Daß die Kundgebung der die Zahlstellen betreffenden Vereinbarungen zwischen der Beklagten und den Berliner Bankinstituten in dem Prospekte der Letzteren mit Genehmigung der Beklagten erfolgt sei, was Kläger behauptet, bestritt die Beklagte. Dieselbe führte aber ferner aus, daß es auf den Erfüllungsort nicht ankomme, da die Steuer ihren Grund darin habe, daß die betreffenden Leihkapitalien ihren Zins aus in Rußland betriebenen Geschäften erhielten, indem diese Kapitalien in Rußland angelegt seien, demnach aber die Steuer auch Kapitalgläubiger, die nicht Russen seien oder in Rußland wohnten, nach den maßgebenden Steuerprinzipien mit Recht träfe. Kläger bestritt, daß nach dem Russischen Gesetze das steuerpflichtige Subjekt der Kapitalsgläubiger sei. Es sei dies vielmehr der Russische Kapitalsschuldner und das ihr allein verliehene Recht, sich die Steuer vom Gläubiger ersetzen zu lassen, könne nach hiesigem Gesetz, welches als das des Erfüllungsortes in Anwendung käme, nicht wirksam sein. Beklagte behauptete endlich nach, Kläger habe die fraglichen Obligationen nicht vor dem Jahre 1886 erworben und könne auch deswegen den Steuerabzug nicht bekämpfen, da die Obligationen seit 1885 stets mit dem Zusatze: „steuerpflichtig" notirt worden seien, der Steuerabzug usancemäßig beim Handel in Betracht komme und bei der Koursbildung berücksichtigt sei, Kläger daher auch seinem Verkäufer die Steuer in Abzug gebracht habe. Kläger bestritt diese Behauptungen.

Beide Vorinstanzen erachteten den Klageantrag für begründet. Die Beklagte ist verurtheilt, an den Kläger 1599 Mark nebst 5 Prozent Verzugszinsen seit dem Tage der Rechtskraft des Urtheils zu zahlen und die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Das Berufungsgericht folgerte aus dem Inhalte der Obligationen und den Emissionsbedingungen, daß Beklagte sich verpflichtet habe, den Gläubigern nach deren Wahl den in Deutscher Währung ausgeworfenen Betrag an Deutschen Zahlstellen zu zahlen. Es führte ferner aus, daß durch das Russische Gesetz den Inhabern Russischer Coupons im Auslande eine Einkommensteuer aus den Bezügen dieser Coupons nicht auferlegt werden könne. Der Russische Staat könne jedes in dem Russischen Staatsgebiet belegene Vermögensobjekt besteuern und dem Verkehre so lange entziehen, bis die Steuer bezahlt sei. Indem die Beklagte aber das noch in ihrer Kasse befindliche, zur Be-

zahlung der Coupons bestimmte Geld als das zur Steuer herangezogene Objekt betrachte, übersehe sie, daß dieses Objekt noch ihr selbst, nicht den Obligationären gehöre, letztere sich vielmehr wegen ihrer Forderungen aus den Coupons an jedes andere Vermögensobjekt des Beklagten halten könnten. Wäre das Russische Gesetz in der That von der Auffassung ausgegangen, daß der aus dem Vermögen der beklagten Gesellschaft zur Bezahlung der Coupons ausgeworfene Geldbetrag bereits in den Händen der Beklagten in entsprechender Höhe als Eigenthum der betreffenden Couponsinhaber angesehen und als solches zur Besteuerung herangezogen werden könne, so würde die Bestimmung des Ukases, daß die Anstalten berechtigt sein sollten, die Steuer den Empfängern der Zinsen einzubehalten, überflüssig sein. Daraus folge, daß auch der Russische Gesetzgeber von der allein zutreffenden Erwägung ausgegangen sei, daß das Eigenthum an den Zinsbeträgen erst mit der Auszahlung übergehe und daß den Couponsinhabern bis dahin an die Beklagte nur eine Forderung zustehe. Diese Forderung habe der Russische Staat zur Besteuerung heranziehen wollen, was aber nur in der Weise geschehen sei, daß die Steuer der Beklagten als Schuldnerin auferlegt und ihr das Recht gegeben wurde, die Steuerbeträge bei Zahlung der Zinscoupons verhältnißmäßig einzubehalten. Die Steuer sei also, wenn sie auch materiell die Couponsinhaber treffen sollte, doch nicht diesen, sondern den betreffenden im Machtbereiche des Russischen Staates befindlichen Anstalten selbst auferlegt, wie sich auch daraus erkennen lasse, daß für den Fall der nicht pünktlichen Abführung der Steuer den Anstalten selbst eine Strafe angedroht sei. Sei hiernach davon auszugehen, daß die Steuer nicht den Couponsinhabern, sondern der Beklagten selbst auferlegt worden und der Letzteren nur das Recht verliehen sei, den gezahlten Steuerbetrag bei Bezahlung der Coupons den Zinsempfängern einzubehalten, so folge, daß sie von diesem Rechte nur denjenigen Gläubigern gegenüber Gebrauch machen könne, denen durch den Ukas gleichzeitig die gesetzliche Pflicht, sich diesen Abzug gefallen zu lassen, auferlegt sei und deren Vertragsverhältniß zu ihr nach Russischem Rechte zu beurtheilen sei. Zu diesen Gläubigern gehöre aber Kläger nicht, da ihm gegenüber Berlin als Erfüllungsort anzusehen sei.

Die von der Beklagten eingelegte Revision ist zurückgewiesen.

Gründe.

Die Begründung des in den Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Band IX Seite 3 flg. abgedruckten Urtheils beruhte auf den Eigenthümlichkeiten des Oesterreichischen Steuergesetzes. Dort ist die sogenannte Couponsteuer in ein Steuergesetz einbezogen, dessen Prinzip die Besteuerung des Einkommens, nicht des Ertrages, unter ausschließlicher Steuerpflicht der Inländer ist. Deshalb wurde angenommen, daß die nach jenem Gesetze den österreichischen Einkommensteuerpflichtigen als Aequivalent für ihre Pflicht der Besteuerung der Einnahmen ohne Abzug der darauf ruhenden Schuldzinsen gewährte Berechtigung, um diesen Betrag die Gläubigerforderungen zu kürzen, soweit diese auf ausländische Gläubiger zu wirken bestimmt ist, eine unter Eingreifen in das privatrechtliche Verhältniß zwischen Schuldner und Gläubiger dem Ersteren gewährte Schuldverminderung sei, da jene Steuerzahlung nicht als Zahlung einer Steuerschuld des Gläubigers, der nach dem Gesetze als Ausländer nicht steuerpflichtig sei, angesehen werden könnte. Der Revisionsbegründung muß nun zugegeben werden, daß diese Auffassung auf die hier zu beurtheilende Russische Verordnung keine Anwendung erleidet und daß die entgegenstehende Annahme des Berufungsgerichts ungeachtet der Bestimmungen der §§ 525, 511 der Civilprozeßordnung nach der Art ihrer Begründung der Prüfung und Beseitigung Seitens des Revisionsgerichts zugänglich ist. In der That beruht die Annahme des Berufungsgerichts nicht auf dem Inhalt des Russischen Gesetzes, das ganz unzweifelhaft, wie auch das Berufungsgericht gar nicht leugnen will, die Einkünfte aus Geldkapitalien, die Einnahmen aus zinstragenden Papieren, die vom Staat oder von öffentlichen oder privaten Instituten emittirt sind, zum Gegenstande hat, sondern auf ganz allgemeinen, aus Grundsätzen des Privatrechts hergenommenen Erwägungen, daß nämlich das vom Schuldner zur Zahlung der Zinsen des ihm geliehenen Kapitals bestimmte Geld, so lange es an den Gläubiger noch nicht ausgezahlt sei, noch im Eigenthum des Schuldners bleibe und daß der Gläubiger sich, so lange er noch nicht bezahlt sei, für seine Befriedigung an jedes Objekt des Schuldners, nicht blos an vom Schuldner etwa bereits für die Zahlung bestimmte Geldstücke, halten könne. Deshalb soll der Russische Staat, wenn auch das Gesetz die Einkünfte aus den Geldkapitalien als das Steuerobjekt bezeichnet habe, doch nur den Schuldner dieser Beträge haben besteuern wollen. Diese Auffassung ist prinzipiell unrichtig, indem sie mit civilrechtlichen Begriffen operirt, wo allein öffentlich rechtliche, speziell finanzrechtliche, in Betracht kommen, und verkennt durchaus den Begriff einer Couponsteuer. Für den steuerrechtlichen Gesichtspunkt kommen Kapital und Einkünfte nur als wirthschaftliche Größen, nicht als Sachgüter im privatrechtlichen Sinne, in Betracht. Gewiß ist es vom Standpunkte des privatrechtlichen Begriffs eines Sachguts aus der Schuldner, welcher das Kapital hat, es benutzt und seinen Ertrag zieht und der Gläubiger, welcher nur das persönliche Forderungsrecht hat, tritt dadurch in keine Beziehung zu den Sachgütern, welche zum Vermögen des Schuldners gehören oder um welche dieses durch das vom Gläubiger gegebene Darlehn vermehrt worden ist. Aber die Kapitalrentensteuer hat gerade die Kapitalsforderungen zum Steuerobjekt und sie wird in Doktrin und Praxis damit gerechtfertigt, daß die Forderungsrechte einen ganz wesentlichen Faktor in der Vertheilung des nationalen Vermögens ausmachen, daß der Gläubiger an dem Ertrage, welchen der Schuldner bezieht, nach Verhältniß seiner verzinslichen Forderung Theil nimmt, folglich auch entsprechend dieser Theilnahme an der Steuerlast theilnehmen müsse. Insbesondere aber ruht nach der Tendenz der Couponsteuer, mittels welcher die vom Staate oder von in demselben wohnhaften anderen Emittenten ausgegebenen, zur Cirkulation bestimmten zinstragenden Papiere der Ertragssteuer unterworfen sind, dieselbe gerade auf diesen Papieren, so daß mittelst derselben auch ausländische Besitzer solcher Effekten erfaßt werden sollen und als die Steuerpflichtigen gelten die Inhaber solcher Effekten, während die Einziehung dieser Steuer nur ohne Weiteres an der Steuerquelle, nämlich bei dem Schuldner, erfolgt.

Vergleiche Bocke, Ueber Kapitalrentenbesteuerung rc. in der Tübinger Zeitschrift für Staatswissenschaft Jahr-

gang 1868 Seite 59 — 61, 73, Adolf Wagner (7. Ausgabe des Rauschen Lehrbuchs) Finanzwissenschaft Theil II Seite 316 fg., derselbe in Schönberg, Handbuch der politischen Oekonomie Band 3: Finanzwissenschaft und Verwaltungslehre Seite 267 fg., Roscher, Finanzwissenschaft Seite 352, 353, Saling, Börsenpapiere 4. Auflage, bearbeitet von Siegfried, Band 1 Seite 72 fg.

Daß aber die durch die hier in Rede stehende Russische Verordnung eingeführte Steuer eine wahre Couponsteuer ist, kann nach ihrem Inhalt keinem Bedenken unterliegen, wie es denn auch in den Kreisen der Interessenten ganz unzweifelhaft ist.

Vergleiche Saling, Börsenjahrbuch 1886/87 Band 2 Seite 140.

Es handelt sich demnach für die Entscheidung des vorliegenden Streits um die Beantwortung der beiden Fragen, ob Seitens des hiesigen Richters die vom Russischen Staate nach Emission der hier in Betracht kommenden Papiere auf dieselben gelegte Steuerschuld als den Kläger, der die klagend geltend gemachten Papiere in Berlin zur Einlösung präsentirt hat und hier ihre Bezahlung verlangt, verbindend anzuerkennen ist, in welchem Falle dann die Beklagte seine Schuld bezahlt hätte, oder ob, wenn dies zu verneinen ist, doch nach dem rechtsgeschäftlichen Verhältnisse des Emittenten zum Gläubiger unter dem Gesichtspunkte von Treue und Glauben etwa der Letztere gebunden schiene, jene Zahlung, die für den Schuldner unentrinnbarer Zwang ist, als ihn berührend gelten zu lassen.

Was die erste Frage anlangt, so ist freilich die Couponsteuer, auch wenn man von Oesterreich absieht, noch in anderen Ländern, insbesondere in Italien und England, und zwar für einheimische Papiere ohne eine Ausnahme zu Gunsten ausländischer Besitzer, in Geltung und ihre Berechtigung gerade in Betreff ihrer Erstreckung auf ausländische Besitzer wird in Deutschland von hervorragenden Schriftstellern vertreten und damit begründet, daß, wenn der Ausländer sein Kapital im Inlande fruchtbringend anlege, er alsdann auch zur Befriedigung der Bedürfnisse des Staates, dessen Existenz und Einrichtungen er den Ertrag verdanke, beitragen müsse. Vergleiche Bocke l. c. Seite 73, Adolph Wagner, Finanzwissenschaft l. c. Seite 316, Roscher l. c. Seite 552. Diese Umstände genügen indessen nicht zur Annahme einer allgemeinen Ueberzeugung von der Gerechtigkeit dieses Besteuerungsprinzips, auf Grund deren sich solche Besteuerung Seitens des Staates, der selbst emittirt hat oder dem der Emittent angehört, mittels des internationalen Rechtsprinzips des gegenseitigen Entgegenkommens civilisirter und in Frieden lebender Staaten — der sogenannten comitas — schlechthin Anerkennung auch Seitens jeden anderen Staates, wenn dieser in die Lage kommt, in Bethätigung seiner Rechtsordnung über die Verbindungskraft jener Steuerauflage zu entscheiden, erzwingen könnte.

Die Vertheilung einer Ertragssteuer auf denjenigen, der mit gegen Verzinsung geliehenem Kapital produzirt und den Darleiher des Kapitals erscheint wie ein einfaches und rationelles Prinzip, wenn Beide dem Lande angehören, in welchem der Ertrag gemacht wird, da sie eben dann Beide als Angehörige dieses Staats verpflichtet sind, zu seiner Erhaltung verhältnißmäßig beizutragen, und die einzelne Steuer nur ein Glied des ganzen im Lande herrschenden Steuersystems ist, durch welches der einzelnen Steuer erst ihre richtige Bedeutung zugewiesen wird. Der Begründung der Heranziehung auch ausländischer Darleiher zu dieser Steuer vom Standpunkte einer steuerlichen Gerechtigkeit, vergleiche übrigens Roscher l. c. Seite 556, Note 12. steht aber ganz erheblich die unleugbare wirthschaftliche Erscheinung entgegen, daß, wenn bei bereits im Staate in Geltung befindlicher Couponsteuer der Staat selbst oder ein Anderer verzinsliche Papiere ausgiebt, es, sofern das Vorhandensein der Steuer nicht geradezu verschwiegen bleibt, dem Emittenten, der sich mit seiner Emission an das Ausland wendet, gar nicht gelingt, die Steuer auf den Gläubiger abzuwälzen, weil ihm der Uebernahmepreis bereits entsprechend vermindert wird, und ebenso bei Einführung oder Erhöhung einer Couponsteuer nach erfolgter Emission für die dem derzeitigen Inhaber folgenden Erwerber der bestimmten Effekten die Steuer gar nicht mehr als eine Besteuerung ihrer Kapitalrente wirkt, weil bereits in dem Erwerbspreise, den sie zahlen, die Minderung des Zinsenertrages durch die Steuer zur Geltung kommt.

Was in Betreff der Steuerpflicht der für eine allgemeinere Circulation bestimmten Verkehrspapiere, sofern sie im Auslande circuliren, für allgemein als gerecht anerkannt gelten soll, das müßte, auch wenn aus Zweckmäßigkeitsgründen die Steuer auf solche Papiere beschränkt wird, prinzipiell seine Rechtfertigung auch für jede Forderung eines ausländischen Gläubigers, die gestundet und verzinslich ist, sofern der Schuldner nur thatsächlich den Zinsenbetrag aus einem Gewerbe oder der Bewirthschaftung eines Grundstücks erringen will, finden. Der Begriff eines „Angelegtseins des Kapitals des Gläubigers im Unternehmen des Schuldners“, wenn man ihn überhaupt für ein wahres Schuldverhältniß, bei dem das Zinsrecht des Gläubigers vom Ertrage des Schuldners unabhängig ist, anwenden will, paßt ebensogut auf jedes solche Forderungsrecht. Es möchte doch aber wohl sehr großes Bedenken erregen, es für natürlich zu halten, daß der auswärtige Kaufmann, der dem inländischen den Kaufpreis für gelieferte Waaren gegen Verzinsung, vielleicht regelmäßig bis zu bestimmten Abrechnungsterminen, kreditirt, deshalb vom inländischen Staate nach Verhältniß seiner Forderung zu der Steuer herangezogen würde, welche der Staat im Interesse seiner Erhaltung auf die in seinem Bereiche gezogenen Erträge legt.

Gegen die Auffassung der Couponsteuer als einer vom internationalen Rechtsverkehr als recipirt zu behandelnden Steuer spricht ferner insbesondere der Umstand, daß es an einem Zügel für das vom fremden Staate anzuwendende Steuermaß fehlt, indem das Steuerrecht schließlich auf eine wirkliche Einziehung des Privateigenthums zu Staatsbedürfnissen hinauskommen kann. Zu dem Umstande, daß die Steuer in gleichem Maße auch den Angehörigen des besteuernden fremden Staates auferlegt sein müßte, kann kein zuverlässiges Zügelungsmittel gefunden werden, da in geldarmen Ländern die Anleihen gerade auf das Kapital des Auslandes gerichtet sind, die sogenannte Gleichheit der In- und Ausländer vor dem Steuergesetze daher eine blos theoretische zu sein braucht, wie denn im vorliegenden Falle die Anleihe sicher ganz vorwiegend in Deutschland untergebracht ist, so daß die Werthsminderung in Folge der Steuereinführung hauptsächlich Deutsche getroffen hat.

Erheblich kommt aber noch in Betracht, daß es in Deutschland keine Steuer, welche den Ausländer für seine mittels Begründung von Gläubigerrechten bewirkte Kapitalanlage im Inlande träfe, insbesondere auch keine Couponsteuer, giebt. Vergleiche die Motive zum Entwurf des Gesetzes, betreffend die Beseitigung der Doppelbesteuerung (Drucksachen des Norddeutschen Reichstages von 1870, Band 4 Seite 103). Die beiden Preußischen Gesetzentwürfe, betreffend die Einkommensteuer und die Einführung einer Kapitalrentensteuer, welche am 17. Dezember 1883 dem Preußischen Landtage vorgelegt wurden, — Drucksachen des Preußischen Abgeordnetenhauses XV. Legislaturperiode 1883/84, 2. Session Band II Nummer 42 — haben nach den §§ 1 und 9 des erstgedachten Entwurfes zur Voraussetzung, daß der Berechtigte in Betreff der als Einkommen aus Kapitalvermögen geltenden, der Kapitalrentensteuer unterliegenden Zinsen- und Rentenbezüge Preußischer Staatsangehöriger ist oder in Preußen wohnt, beziehentlich sich aufhält. Ohne Rücksicht auf solche volle oder zeitweise Staatsangehörigkeit sind Personen nur mit Einkommen aus in Preußen belegenem Grundbesitze oder daselbst betriebenem Gewerbe, worunter aber nur die Einkünfte des Gewerbetreibenden selbst unter Abzug der von demselben zu zahlenden Schuldzinsen verstanden werden, steuerpflichtig. §§ 3, 5, 11. In den Motiven zum zweitgedachten Entwurfe — Seite 27, 28 i. c. — werden die Gründe besonders entwickelt, weshalb von der Einführung einer Couponsteuer trotz der Einfachheit des Steuerverfahrens und der Erfassung ausländischer Besitzer inländischer Effekten durch dieselbe abgesehen werde, und es wird hierfür besonders hervorgehoben, daß bei schon ausgegebenen Papieren die sogenannte Steuerlast als Werthminderung der Papiere für den Weiterverkauf allein den derzeitigen Besitzer treffe, für die Ausgabe von nicht durchaus marktgängigen Papieren die der Couponsteuer eigenthümliche Erhebung der Steuer beim Schuldner aber geradezu die Ueberwälzung der Steuer auf den Schuldner provozire. Bei dieser Lage der Deutschen Gesetzgebung enthielte das an den Deutschen Richter gestellte Verlangen der Anerkennung der fremden Steuer, soweit es zu Lasten von Deutschen gestellt wird, die Zumuthung, unsere Staatsangehörigen zu Gunsten einer Auslandssteuer, von der Ausländer bei uns frei sind, für unseren Staat minder steuerkräftig zu machen.

Als der richtige rechtliche Gesichtspunkt für den Umfang, in welchem wir eine Steuerhoheit des fremden Staats in zur hiesigen Entscheidung stehenden Privatrechtsstreitigkeiten anzuerkennen haben, kann nur erachtet werden, daß nur insoweit der Staat Jemandem wirksam eine Steuer auferlegen kann, als er auch die Machtmittel besitzt, sie von ihm einzuziehen. Demnach wird die Begründung der Steuerpflicht gegen einen Staat sowohl für denselben Angehörige in engerem wie in weiterem Sinne wie in Bezug auf die Einkünfte aus dem Besitz eines Grundstücks oder dem Betrieb eines Gewerbes auch für Fremde, wenn das Grundstück in dem Staate liegt oder für ihre Rechnung daselbst das Gewerbe betrieben wird, anzuerkennen sein und unter den Gewerbebetrieb für Rechnung des Fremden wird jede gesellschaftliche Betheiligung desselben daran, diesen Begriff im weitesten Sinne genommen, so daß auch der Aktionär darunter fällt, zu begreifen sein. Von einer Steuerpflicht, die lediglich auf ein Forderungsrecht, das Jemand als Gläubiger gegen den Staat oder einen in demselben eine Wirthschaft oder ein Gewerbe betreibenden Schuldner hat, gegen diesen Staat begründet würde, kann aber nur dann die Rede sein, wenn nach der Natur des Schuldverhältnisses der Gläubiger die Zinsen innerhalb des besteuernden Staates einziehen muß. Alsdann kann man davon ausgehen, daß der betreffende Staat auch die Machtmittel haben werde, dem Gläubiger bei dem Einziehungsgeschäft den Steuerbetrag abzunehmen, auch wenn dies nur in der Weise geschieht, daß der Betrag dem im Machtbereiche des Staates befindlichen Schuldner abgenommen wird, die Gerichte des Staats aber vor welche der Gläubigeranspruch eben, weil der Betrag in jenem Staate selbst einzuziehen, naturgemäß gehört, entsprechend dem für sie maßgebenden Steuergesetz die Zahlung als eine für Rechnung des Gläubigers als des Steuerpflichtigen erfolgte anerkennen.

Dagegen trifft dies nicht zu, wenn nach dem Inhalt des Rechtsverhältnisses die Zinszahlungspflicht beim Gläubiger in dessen Lande zu erfüllen ist. Alsdann vermag der fremde Staat dem Gläubiger den Steuerbetrag nicht abzunehmen und er vermag die Entnahme des Steuerbetrags beim Schuldner als eine vom Schuldner für Rechnung des Gläubigers erfolgende Zahlung mit Wirkung nur insoweit zu qualifiziren, als der Zinsanspruch bei seinen Gerichten verfolgt wird, während er bei einer der Erfüllungspflicht beim Gläubiger entsprechenden Verfolgung des Anspruchs vor den Gerichten des Landes des Gläubigers auf die Anerkennung jener Qualifizirung Seitens dieses Landes angewiesen ist.

Nun handelt es sich allerdings bei der Couponsteuer nicht um individuell bestimmte Gläubiger. Gleichwohl ist das Ergebniß das nämliche. Denn die hieraus, insbesondere für Inhaberpapiere zu ziehende Folgerung, daß die Gläubigerschaft, welche im Papier beruhe, einheitlich bestimmt werden müsse und in Betreff ihrer Territorialenangehörigkeit nur nach dem Lande, in dem der Emittent sein Unternehmen betreibt, bestimmt werden könne, so daß die vorliegenden Papiere Russische wären, trifft nicht zu, wenn die Papiere nach Wahl der Inhaber auf eine Präsentation und Zahlung außerhalb dieses Landes gestellt sind. Alsdann sind diese Papiere internationale und entsprechend der Thatsache, daß bei Ausübung der Wahl durch Präsentation außerhalb des Staates, dem der Emittent angehört, diesem Staat die Einwirkung auf das Einlösungsgeschäft entzogen ist, empfangen die Papiere gemäß dem Orte ihrer Präsentation die für die Feststellung des Machtbereichs der Steuergewalt maßgebende territoriale Bestimmtheit. Ob alsdann zur Begründung der den Präsentanten treffenden Steuerpflicht doch noch die Behauptung rechtserheblich wäre, daß der Präsentant selbst oder derjenige, für dessen Rechnung er handle, dem Staate angehöre, der die Steuer aufgelegt hat, kann hier unerörtert bleiben, weil im vorliegenden Falle eine solche Behauptung nicht aufgestellt ist.

Darüber aber, daß die vorliegenden Papiere diesen internationalen Charakter haben, kann ein Zweifel nicht obwalten. Sie sind auf festbestimmte Beträge sowohl in Rubeln wie in Reichsmark, Francs und Pfund Sterling ausgestellt und sowohl am Sitz der Verwaltung der Emittentin in Petersburg wie bei Banquiers des Auslandes, welche die Emittentin zu bestimmten Zeiten namhaft zu machen sich verpflichtete, zahlbar gestellt. Der bei Weitem größte Theil der ganzen Anleihe wurde durch

zwei Berliner Bankinstitute von Berlin aus unter ausdrücklicher Hervorhebung, daß sich die Emittentin ihnen gegenüber verpflichtet hatte, die Zinscoupons wie die zur Rückzahlung gelangenden Obligationen ausschließlich bei diesen beiden Bankinstituten zahlbar zu machen, zur Subskription gestellt.

Daß die hier geltend gemachten Gesichtspunkte den Gläubigern der Steuerauflage des fremden Staates nicht zu entziehen vermögen, wenn der fremde Staat selbst der Schuldner aus von ihm emittirten Papieren ist, weil der fremde Staat der hiesigen Gerichtsgewalt überhaupt nicht unterworfen werden kann, vergleiche Rassow und Küntzel (Gruchot) Beiträge Band 26 Seite 289 ff., kann ihre Anwendung auf andere Schuldner nicht hindern. Ueberhaupt ist es sehr wohl denkbar, daß auch, abgesehen von dieser Exemtion des fremden Staates von der diesseitigen Gerichtsgewalt, für den fremden Staat als Schuldner andere Gesichtspunkte Platz zu greifen hätten, weil auch diesseits anzuerkennen wäre, daß ein Staat in für seine Gläubiger rechtswirksamer Weise seine Verbindlichkeiten unter anderen Voraussetzungen mindern kann, als dies einem anderen Schuldner zustände.

War hiernach die erste aufgestellte Frage zu verneinen, so mußte dies auch in Betreff der zweiten geschehen. Aus dem rechtsgeschäftlichen Verhältnisse der Emittentin zum Gläubiger läßt sich kein der Letzteren zur Anerkennung des Abzuges verbindender Grund herleiten. Daß die Emittentin dem Russischen Gesetze unterliegt, ist ein Geschick, das ihr zu irgend einem vermögensrechtlichen Antheil abzunehmen der Gläubiger keine Verpflichtung hat. Die Emittentin hat dem Gläubiger an Kapital und Zinsen feste Summen versprochen. Daß sie die Zinsen aus einem Geschäftsbetrieb in Rußland herauszuwirthschaften vermag, ist kein das Schuldverhältniß rechtlich afficirendes Moment. Treffen sie hierbei unvorhergesehene Aufwendungen, so fallen diese ihr selbst, beziehentlich ihren Aktionären, nicht den Obligationsinhabern zur Last. Insbesondere läßt sich die Erwägung, daß bei der Bildung des Emissionspreises für Papiere, deren Emittent ein Ausländer sei oder im Auslande das zur Erzielung der erforderlichen Zahlungen bestimmte Unternehmen betreibe, die größere Unsicherheit der Realisirung, welche eine Rechtsverfolgung im Auslande in sich schließe, bereits in Anschlag kamen, zu der Folgerung verwerthen, daß unvorhergesehene Auflagen Seitens des Auslandsstaates, denen sich der Schuldner, weil er der Gewalt jenes Staates unterliegt, nicht entziehen kann, vom Gläubiger zu übernehmen sind. An der rechtlichen Verpflichtung des Schuldners, der nicht freiwillig zahlt, dem Gläubiger alle Aufwendungen zu ersetzen, die er zweckmäßiger Weise für die erfolgreiche Geltendmachung seines Anspruchs im Auslande zur Ueberwindung der sich ihm dort entgegenstellenden Schwierigkeiten macht, kann nicht gezweifelt werden. Nur die thatsächliche Erschwerung einer Realisirung ist es, die bei der Preisbildung in Anschlag kommt. Einen Einfluß auf den rechtlichen Inhalt der Verpflichtung vermag solche im Preise zum Ausdruck kommende Werthschätzung nicht zu üben.

Wenn schließlich die Beklagte einwendet, Kläger erfahre durch ein Zusprechen der unverkürzten Zinsbeträge eine grundlose Bereicherung und sein Anspruch sei ein doloser, da er die Zinscoupons erst nach Auferlegung der Steuer und zwar zu einem Preise, bei welchem die auf ihnen ruhende Steuerlast bereits in Anrechnung gebracht sei, gekauft habe, so ist nach dem Wesen des Inhaberpapiers für einen solchen Einwand kein Raum. Mittels des Erwerbs des Inhaberpapiers erwirbt der neue Inhaber das volle, durch dasselbe verbriefte Recht. Ob bei dem Erwerb vom Vorbesitzer der Umfang dieses Rechts geringer, als er in Wirklichkeit ist, angenommen worden und dies bei der Festsetzung des Preises von Einfluß gewesen, ist für den Schuldner des Inhaberpapiers eine gänzlich unerhebliche Thatsache. Daß mittels solchen Erwerbsaktes der Veräußerer sich eine Einschränkung des Inhalts der Verpflichtung zu Gunsten des Schuldners vom Erwerber hätte versprechen lassen, davon kann nicht die Rede sein. Ebensowenig hat der Veräußerer von den verbrieften Rechten etwas zurückbehalten. Die Sachlage ist also rechtlich ganz dieselbe, wie wenn der jetzige Anspruch von demjenigen erhoben würde, der die Zinscoupons zur Zeit des Erlasses des Russischen Steuergesetzes besaß.

Das Recht des Käufers auf Wandelung im Fall des § 12 Nr. 1 des Nahrungsmittelgesetzes.

Zur Entscheidung des Reichsgerichts vom 23. September 1887.

Der IV. Strafsenat des Reichsgerichts hat am 23. September 1887 in Auslegung des § 12 Nr. 1 des Nahrungsmittelgesetzes eine Entscheidung gefällt, die auch in civilrechtlicher Beziehung von großer Wichtigkeit ist, weil sie den Käufer, der sein Recht auf Rückgabe gekaufter gesundheitsschädlicher Nahrungsmittel geltend macht, unter Umständen mit Strafe bedroht. Es liegt auf der Hand, daß hierin eine starke thatsächliche Beschränkung des Rechts auf die Wandelklage liegt.

Das Reichsgericht stellt nämlich folgende Grundsätze auf:

„Die gedachte Gesetzesbestimmung beruht, wie ihr Inhalt, ihr Verhältniß zum § 324 R. Str. G. B. und die amtlichen Motive ergeben, auf dem Gedanken, daß den Gefahren, welche durch den Verkehr mit gesundheitsschädlichen Nahrungsmitteln dem Gemeinwohl erwachsen, in möglichst wirksamer Weise entgegen zu treten sei. Diesem gesundheitspolizeilichen vorbeugenden Charakter entspricht es, daß das Gesetz jegliches Innerkehrbringen derartiger Waaren absolut und unter Strafandrohung verbietet. Demgemäß hat auch das Reichsgericht bereits mehrfach in veröffentlichten Entscheidungen ausgeführt, daß unter jenen Ausdruck jedes, wie auch immer geartete Ueberlassen oder Zugänglichmachen zum Genuß, jede Handlung zu verstehen sei, durch welche gesundheitsschädigende Gegenstände als Nahrungsmittel an Andere abgegeben und damit zum Gegenstande des Genusses oder der Weitergabe als Nahrungsmittel gemacht werden.

Aus der öffentlich-rechtlichen Natur des vorliegenden Verbotsgesetzes folgt aber weiter mit Nothwendigkeit, daß es unerheblich ist, ob und welche civilrechtlichen Verhältnisse dem Ueberlassen oder der Uebergabe jener Waaren zu Grunde liegen, ob mithin die Uebergabe, wenn jenes dem öffentlichen Recht angehörende Verbotsgesetz nicht bestände, kraft einer civilrechtlichen Verpflichtung oder

Berechtigung erfolgen müßte oder dürfte." — — — (Es) „findet der — Satz Anwendung, daß derartige Normen des öffentlichen Rechts nicht durch privatrechtliche Vereinbarungen und deren Konsequenzen berührt — — werden dürfen.

Allerdings erfordert der § 12 Nr. 1 (Satz 2) in subjektiver Beziehung auch wissentliches Handeln und bedarf daher des Beweises, nicht bloß, daß dem Abgeber die Gesundheitsschädlichkeit des Gegenstandes bekannt war, sondern auch, daß derselbe mit der Voraussicht oder wenigstens mit dem Bewußtsein der Möglichkeit handelte, derjenige, dem der gesundheitsschädliche Gegenstand übergeben wurde, werde diesen selbst genießen, oder als Nahrungsmittel an Andere weiter — — überlassen. Liegt aber dieses Wissen, dieser Dolus, vor, so kann der Thäter seine Bestrafung aus § 12[1] nicht durch Berufung auf civilrechtliche Verhältnisse ausschließen, kraft deren ein Recht oder eine Verpflichtung zur Uebergabe bestanden habe. Die thatsächliche Geltendmachung dieses Rechts und die Erfüllung dieser Verpflichtung sind, wenn — es sich um gesundheitsschädliche Nahrungsmittel handelt, kraft des Verbots des § 12[1] rechtlich unmöglich und die Konsequenzen dieser Sachlage sind nach den sonstigen — — thatsächlichen und rechtlichen Beziehungen zwischen den Betheiligten zu regeln."

In Verfolg dieser Grundsätze wird die Ansicht des ersten Richters, daß der Käufer freizusprechen sei, weil er die Sache in Ausübung seines Wandelungsrechts zurückgestellt, für rechtsirrthümlich erklärt. —

Wie schon oben angedeutet ist und das Reichsgericht auch selbst hervorhebt, muß diese Entscheidung für Handel und Verkehr einschneidende Folgen haben, soweit das Nahrungsmittel-Gesetz in Betracht kommt. Wer redhibiren will, muß seinerseits, — abgesehen von einzelnen hier nicht in Betracht kommenden Ausnahmen — die gekaufte Sache zurückgeben. Der Käufer eines gesundheitsschädlichen Gegenstandes aber, der die strafrechtliche Verfolgung des Verkäufers und damit die Einziehung der qu. Sache herbeiführt, ist selbst daran Schuld, daß er sie nicht zurückgeben kann, und verliert danach selbst im Gebiet des gemeinen Rechts die redhibitorische Klage (l. 47 pr. D. XXI, 1[1]), geschweige denn im Gebiet des Allg. Landrechts, das den Verkäufer in dieser Beziehung schlechter stellt (§ 327 f. I. 5. A. L. R.). — Zieht es der Käufer aber vor, nicht den Weg der Strafanzeige zu betreten, sondern die Sache dem Verkäufer gegen Erstattung des Kaufpreises zurückzustellen, so setzt er sich der Gefahr aus, nunmehr seinerseits strafrechtlich verfolgt zu werden. Denn es ist zu beachten, daß nach obiger Entscheidung eine solche Verfolgung schon eintreten muß, sobald der Käufer auch nur das Bewußtsein der Möglichkeit hatte, der Verkäufer werde die Sache selbst genießen oder wieder veräußern. Eine Folge dieses, auf subjectivem Gebiet liegenden Umstandes ist u. A., daß während bisher die Gesetzgebung einem Betruge des Verkäufers gegenüber dem Käufer die weitgehendsten Rechte gab, in diesem Falle jetzt die Rückgewähr fast ausgeschlossen ist; denn gerade von einem betrügerischen Verkäufer muß sich der Käufer am leichtesten versehn, daß jener die redhibirte Sache wieder anderweitig zu verwerthen suchen wird. Noch mehr: der Verkäufer wird es selbst in Händen haben, dem Käufer die Wandlung unmöglich zu machen; denn sobald er erklärt, er werde die Sache im Fall der Redhibition selbst genießen oder veräußern, muß der Käufer von der Rückgabe abstehen. Allerdings bleibt ihm die actio quanti minoris; aber dieselbe ist weder so durchgreifend, wie die redhibitoria, noch so leicht durchführbar. Im Falle der Wandelung genügt der Nachweis der Mängel, im Falle der Minderung ist noch eine in der Praxis häufig schwierige Werthfeststellung erforderlich. Unter Umständen, nämlich im Falle absoluter Werthlosigkeit, erreicht man freilich mit der quanti minoris dasselbe Ziel, aber doch auch nur gegen Rückgabe der Sache (l. 43 § 6 D. XXI, 1, l. 25 § 1 D. XLIV, 2). Zudem wird auch in unserm Fall des § 12 Nr. 1 a. a. O. die Sache zwar als Nahrungsmittel häufig werthlos sein, darum aber doch noch in anderer Beziehung einen gewissen, mehr oder minder großen Werth haben.

Freilich würden diese Erwägungen alle nur de lege ferenda sein, falls nach Lage der Gesetzgebung jene Reichsgerichtsentscheidung sich als richtig erwiese. Zu prüfen ist, ob dies der Fall.

Der § 12 Nr. 1 des Nahrungsmittelgesetzes bedroht mit Strafe u. A. das „Inverkehrbringen" der darin bezeichneten Nahrungs- und Genußmittel. Das Reichsgericht versteht hierunter in obiger Entscheidung jede Ueberlassung oder Zugänglichmachung der Sache zum Genuß, jede Ab- oder Weitergabe derselben als Nahrungsmittel. Aehnlich heißt es im Urtheil vom 13. Dezember 1880 (Entsch. Bd. 3 S. 177): „Im Sinne des Gesetzes ist Inverkehrbringen — — gleichbedeutend mit: Andern überlassen", selbstverständlich: als Nahrungsmittel überlassen.*)

Man braucht diese Definitionen keineswegs als zu weit gehend oder gar falsch anzusehen, kann sie aber trotzdem auf den redhibirenden Käufer nicht anwendbar finden. Denn giebt derselbe wirklich die Sache ab, bezw. weiter oder nicht vielmehr zurück? und ist Letzteres nicht eine von Ersterem ganz verschiedene Rechtshandlung? Bringt er wirklich die Sache in den Verkehr oder nicht vielmehr gerade aus demselben heraus? Der Kaufmann, der auf Grund der Art. 335 und 348 H. G. B. seinem Lieferanten die Waare zur Verfügung stellt, zeigt damit ja direkt an, daß dieselbe eben in abstracto oder in concreto nicht geeignet ist, in den Verkehr gebracht zu werden. Soll nun für Nahrungsmittel eine Ausnahme gelten? — Oder wird man (um ein dem Strafrecht noch näher liegendes Beispiel zu wählen), von dem, der bei einer Zahlung ein Geldstück als unecht zurückgiebt, sagen können, er bringe damit letzteres „im Verkehr?"

Man wird auch vergeblich in den Rechtsquellen einen Beweis für eine solche Auffassung suchen. „Redhibere" sagt die l. 21 p. D. XXI. 1, est facere, ut rursus habeat venditor, quod habuerit, et quia reddendo id fiebat, id circo redhibitio est appellata, quasi redditio". Die Häufung der mit „re" zusammengesetzten oder daraus gebildeten Worte in diesem Satz ist wohl keineswegs Zufall, vielmehr hat der Jurist klar darlegen wollen, daß der Zweck der Klage ist, Alles möglichst in den früheren Stand zurückzuversetzen. Dieselbe Bedeutung liegt in dem deutschen Wort „Wandelklage". „Mit derselben", sagt

*) Ebenso Bd. 7 S. 151 und S. 412.

Förster Theorie und Praxis rc. § 85 and V) „geht Kläger vom Vertrage ab". — — „Der Zweck ist, einen Zustand herbeizuführen, als wäre der Vertrag überhaupt nie geschlossen worden". Da nun der Verkäufer einer Sache unzweifelhaft die Absicht hat, sie in den Verkehr zu bringen, so folgt daraus mit Nothwendigkeit, daß der Käufer, der den Kauf wieder rückgängig macht, dadurch die Verkehrshandlung des Verkäufers aufhebt, den gekauften Gegenstand an seinen Ursprungsort zurück, also aus dem Verkehr bringt. Damit ist sein rechtliches Interesse beendet, sein Zweck erreicht; und man kann ihn darum nicht mehr verpflichten, nachzudenken, was der Käufer möglicherweise mit der Sache wieder anfangen werde.

Kann man danach in der Rückgewähr beim Kauf an sich und im Allgemeinen ein „Inverkehrbringen" des Kaufobjektes nicht finden, so bleibt noch zu untersuchen, ob nicht vielleicht das Nahrungs-Mittel-Gesetz als lex specialis für gesundheitsschädliche Nahrungs- und Genußmittel weitergehende Bestimmungen enthält, die jene Reichsgerichts-Entscheidung rechtfertigen.

Der Text des Gesetzes enthält keine Definition der Worte „in Verkehr bringen" und eben so wenig die Motive. Schon daraus würde folgen, daß nicht beabsichtigt ist, dem „Inverkehrbringen" eine weitergehende Bedeutung zu geben, als bis dahin. Die vom Reichsgericht erwähnte Bezugnahme auf den § 324 R. Str. G. B. beweist nichts. Die Motive (zu den §§ 12 und 13) sagen nämlich hierüber: „Nach § 324 a. a. O. ist, wer wissentlich vergiftete, oder mit gefährlichen Sachen vermischte Sachen verkauft, — — oder sonst in Verkehr bringt, nur dann strafbar, wenn er diese Eigenschaft verschwiegen hat. Diese Bestimmung macht den Zwischenhändler, welcher — der Natur der Sache nach — dem Konsumenten die gesundheitsgefährliche Eigenschaft des Gegenstandes verschweigt, strafbar, läßt aber den Fabrikanten, der sie dem Zwischenhändler mittheilt, straflos. Offenbar ist diese Anomalie nicht zu rechtfertigen." — Das Gesetz sagt danach nur, daß es eine gewisse Klasse von Verkäufern dem Strafgesetz unterwerfen will, deutet aber nicht einmal an, daß es auch die Käufer zu treffen beabsichtigt. Im Gegentheil! Die Motive beginnen mit den Worten: „Die Klagen über Verfälschung der zum Verkauf ausgebotenen Nahrungsmittel sind von Jahr zu Jahr lauter geworden." Also gleich von vorn herein wird auf den Verkäufer exemplifizirt. Noch klar wird die Absicht des Gesetzes, die Verkäufer zu treffen, die Käufer aber zu schützen, in den den Motiven beigegebenen Materialien ausgesprochen, indem unter der Ueberschrift: „Fleisch, Wurst" (Nr. 4) gesagt ist: „Das Publikum kann sich gegen die Folgen des Genusses von krankem Fleisch nicht hinreichend schützen, weil diesem bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit und Sachkenntniß meist nicht anzusehen ist, daß es von kranken Thieren herrührt. — — Es erscheint deshalb nothwendig, das Publikum gegen Gesundheitsbeschädigung durch Genuß von krankem oder verdorbenem Fleisch durch gesetzliche Bestimmungen zu schützen, welche es möglichst verhindern, daß solches Fleisch zum Genuß geboten wird."

Ist es nun wirklich wohl denkbar, daß dasselbe Gesetz, welches offenkundig das Publikum, also die Käufer, gegen die Verkäufer gesundheitsschädlicher Nahrungsmittel strafrechtlich schützen zu wollen erklärt, ersteren trotzdem ihr wirksamstes Civilrecht, das Recht auf Wandelung, gleichzeitig nehmen oder auch nur beschränken wollte?

Nein; das Gesetz will zwar neue Waffen gegen Nahrungsmittelverfälscher schaffen, aber nicht gleichzeitig die alten vernichten; es will Schranken aufbauen, aber nicht damit auch andere niederreißen. Und am letzten Ende ist es doch für den Käufer von größerer Bedeutung, die Sache gegen Rückerstattung des Kaufpreises wiedergeben zu dürfen, als den Verkäufer bestraft zu sehen.

Es folgt also nach alle dem weder aus den Materialien des Gesetzes noch aus der rechtlichen Natur der Redhibition, daß in derselben ein „Inverkehrbringen" zu sehen ist. Wollte man aber selbst hiervon absehen, so würde man immer noch nicht zu einer Billigung obiger Reichsgerichts-Entscheidung gelangen können. Denn diese sagt selbst, daß unter Inverkehrbringen hier jede Handlung zu verstehen sei, durch welche der qu. Gegenstand als Nahrungsmittel an Andere abgegeben werde; der rückgewährende Käufer giebt die Sache aber nicht als Nahrungsmittel, sondern gerade als Nicht-Nahrungsmittel zurück, und eine solche Handlungsweise ist, wie in den Motiven ausdrücklich hervorgehoben und auch vom Reichsgericht schon wiederholt*) anerkannt ist, nicht strafbar.

Es dürfte wohl aus dem hier Erörterten der Schluß zu ziehen sein, daß die reichsgerichtliche Entscheidung zu weit geht, und daß der Käufer, der von seinem Wandelungsrecht beim Kauf gesundheitsschädlicher Nahrungs- und Genußmittel Gebrauch macht, der Strafe des § 12 Nr. 1 des Nahrungsmittelgesetzes nicht unterliegt. Zu wünschen ist, daß das Reichsgericht von jenem Urtheil wieder abgehe, damit nicht die Wohlthat des Gesetzes für Viele zur Plage werde.

Zu § 44 R. A. G. O.

Kaum hat irgend eine andere der Bestimmungen der Gebührenordnung für Rechtsanwälte in der Praxis eine so verschieden gestattete Anwendung erfahren, als die in der Ueberschrift bezeichnete; denn selbst nach nunmehr 9jähriger Wirksamkeit des Gesetzes zeigt § 44 in der Rechtsprechung immer noch ein fast proteusartig wechselndes Bild der Auslegung. Ist es doch noch gar nicht lange her, daß bei einem und demselben Gerichte höherer Ordnung innerhalb kürzester Frist in zwei völlig gleich gelagerten Fällen verschiedene und widersprechende, den Gebührensatz aus § 44 einmal als erstattbar, das andere Mal als unerstattbar qualifizirende Entscheidungen ergangen sind.

Während in den ersteren Jahren nach dem Inkrafttreten der R. A. G. O. nach den vom Einsender gemachten Erfahrungen viele Gerichte beinahe regelmäßig ohne weitere Prüfung der Frage der Erstattbarkeit in concreto, der Nothwendigkeit im Sinne von § 87, Abs. 1 C. P. O. den Gebührenansatz aus § 44 bei Festsetzung der vom Gegner zu erstattenden Kosten genehmigten, sofern nur die äußeren, formellen Voraussetzungen des Paragraphen gegeben waren — ein Mißgriff, welcher einigermaßen durch die Thatsache entschuldigt werden konnte, daß wohl für die Mehrzahl der deutschen Bundesstaaten die Bestimmung

*) Siehe die oben angeführte Entscheidung vom 13. Dezember 1880.

des § 44 eine Neuerung war, ist man im Verlaufe der späteren Jahre in den entgegengesetzten Fehler verfallen, und strichen und streichen seit einiger Zeit die Gerichte, insbesondere die Obergerichte, den erwähnten Gebührenansatz regelmäßig als nicht erstattbar ab.

Erst vor Kurzem hat wieder ein Oberlandesgericht in einem Falle, in welchem das Landgericht im Hinblicke auf die Zweckmäßigkeit, ja Nothwendigkeit des Verkehres des erstinstanziellen Anwaltes mit dem Prozeßbevollmächtigten II. Instanz die Gebühr aus § 44 als erstattbar genehmigt hatte, letztere auf Beschwerde unter einfachem Hinweis auf § 87 Abs. 2 C. P. O. mit der kurzen Motivirung abgesetzt, daß keiner der beiden daselbst statuirten Fälle ausnahmsweiser Erstattbarkeit der Kosten mehrerer Rechtsanwälte gegeben sei.

Der Grund dieser neueren für die Anwälte, mehr noch für die obsiegende Partei ungünstigen Rechtsprechung liegt nun unzweifelhaft in der bekannten, auch regelmäßig in solchen die Gebühr absetzenden Gerichtsbeschlüssen allegirten Entscheidung des Reichsgerichts vom 1. Juni 1883 (Entsch. Bd. IX S. 356); es ist aber gewiß in hohem Maße auffallend, daß selbst höhere Instanzen bis in die neueste Zeit herein gerade auf jene Entscheidung ihre die Gebühr absetzenden Beschlüsse gründen, obwohl dieselbe durch die oberstrichterlichen Entscheidungen vom 10. Oktober 1883 und 29. Januar 1886 (Annalen VIII, 448, Entsch. Bd. XV S. 402) längst überholt worden ist und ihre Richtigstellung erfahren hat. Gerade die letzterwähnte Entscheidung ist nach mehr als einer Richtung hin bemerkenswerth: zunächst anerkennt dieselbe implicite als das leitende und richtige Prinzip, daß alle Kosten — Gebühren und Auslagen — soweit dieselben nach freiem Ermessen des Gerichts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig waren, — folglich auch die Gebühren aus § 44 R. A. G. O. der obsiegenden Partei erstattet werden müssen, — sodann aber korrigirt dieselbe auch die mißverständliche Auslegung des Schlußsatzes in § 87, Abs. 2 C. P. O.

Daß das „freie Ermessen" des Gerichts bei Würdigung der Frage, ob die Gebühr aus § 44 erstattbar, kein andres sein kann, als wie in allen sonstigen Fällen, wo die Rechtsnormen auf dasselbe Bezug nehmen, nämlich das auf die gewissenhafte Würdigung aller thatsächlichen und rechtlichen Umstände des Falles sich gründende billige Ermessen des Richters (bonum et justum arbitrium) bedarf keiner weiteren Ausführung.

Anlangend aber die erwähnte Korrektur, so hatte schon mit Beschluß vom 19. Juni 1882 (s. Jurist. Wochenschrift 1882, S. 205) das Oberlandesgericht Celle vollkommen richtig entschieden, daß die auf Grund des § 44 angesetzte Gebühr für den Anwalt I. Instanz, welcher während des Verfahrens in II. Instanz den Verkehr mit dem Prozeßbevollmächtigten der letzteren geführt, zu den erstattungsfähigen Kosten gerechnet werden müsse, sobald derselbe als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig erachtet werden dürfe, und daß die Vorschrift in § 87 Abs. 2 Schlußsatz um deswillen nicht entgegenstehe, weil dieselbe voraussetze, daß die mehreren Anwälte zu demselben Zwecke thätig geworden seien und nicht zutreffe, wenn die Partei des einen Anwaltes zur Vermittelung des Verkehres mit dem andern sich bedient habe, in welchem Sinne sich dann auch später die reichsgerichtliche Entscheidung vom 10. Oktober 1883 ausgesprochen hat (Annalen VIII, Nr. 118 S. 443 Schlußsatz).

Es bedarf kaum eines Hinweises, daß die Gebühr aus § 44 Abs. 1 wohl von keinem Gerichte als erstattungsfähig wird erachtet werden, wenn der Korrespondenzmandatar-Anwalt am nämlichen Orte sich befindet, als der in II. Instanz bestellte Anwalt, gleichviel ob der erstere auch bei dem Obergerichte zugelassen ist, oder nicht; denn in solchem Falle kann wohl von einer Annehmlichkeit und Bequemlichkeit für die Partei, mit dem seitherigen Vertreter zu verkehren und durch diesen mit dem — der Partei vielleicht bis dahin nicht einmal dem Namen nach bekannten Anwalte den weiter nothwendigen Verkehr pflegen zu lassen, keineswegs aber von Nothwendigkeit die Rede sein; gegebenen Falls kann hier nur die Gebühr aus § 44 Abs. 2 in Frage kommen, falls der seitherige Anwalt für die II. Instanz nicht zugelassen ist. Sobald aber die Wohnorte der beiden Anwälte I. und II. Instanz verschiedene sind und der Korrespondenzmandatar-Anwalt für die II. Instanz nicht zugelassen ist, sonach ohnehin ein Wechsel in der Person des Prozeßbevollmächtigten eintreten muß (C. P. O. § 74 Abs. I R. A. O. §§ 9—11) dann entfällt sogar das aus dem bloßen Wortlaute des mehrerwähnten Schlußsatzes in § 87 gegen die Anwendbarkeit des § 44 auf die besprochenen Fälle abgeleitete Argument.

Anlangend die Bestimmung des zweiten Absatzes von § 44, so ließe sich allerdings die Frage aufwerfen, ob solche angesichts der Bestimmungen in § 29 Abs. 2, Ziffer 8 einerseits und § 44 Abs. 1 andererseits überhaupt noch dringend veranlaßt war.

Denn auch der Verkehr des vorinstanzlichen Anwalts mit dem Prozeßbevollmächtigten der höheren Instanz gründet sich auf einen ausdrücklich oder per factum concludens ertheilten Auftrag der Partei und die gutachtlichen Aeußerungen bilden naturgemäß, in der Regel wenigstens, einen Theil dieses Verkehres. Wollte aber der Gesetzgeber für den ausnahmsweise vorkommenden Fall ausschließlicher Begutachtung — abgesehen von jedem weiteren Verkehre — die Gebühr bewilligen, so leuchtet doch ein, daß es dem seitherigen Prozeßbevollmächtigten im geeigneten Falle ein Leichtes sein wird, die Zweckmäßigkeit, ja Nothwendigkeit eines Gutachtens seiner Partei darzulegen und sich hierzu expressis verbis Auftrag ertheilen zu lassen; am Erfordernisse dieses speziellen Auftrags muß im Hinblicke auf den Wortlaut der Gesetzesfassung für solche Fälle allerdings festgehalten werden. (Entsch. vom 12. Januar 1883. Annalen VII., 292).

Die Gerichte werden übrigens wohl daran thun, eine lediglich auf Grund des Abs. 2 von § 44 in Ansatz gebrachte Gebühr nur ausnahmsweise, nämlich in den selteneren Fällen als erstattbar zu genehmigen, in welchen die thatsächliche oder rechtliche Verwicklung des Streitfalles, schwieriges Studium umfangreicher Vorakten, principielle Bedeutung des Urtheils wegen seiner Folgen für die sonstigen Rechtsverhältnisse und Vermögenslage der Partei, Aufklärung über irrthümliche Auffassung thatsächlichen Vorbringens seitens der Vorinstanz oder ähnliche Momente eine gutachtliche Information des für die höhere Instanz bestellten Anwalts seitens des bisherigen mit der Sache bestens vertrauten Prozeßbevollmächtigten als zweckmäßig und erforderlich erscheinen lassen.

Noch dürfte zu erwähnen sein, daß zwar ein vorsichtiger Anwalt stets darauf Bedacht nehmen muß, über die Thatsache ertheilten Auftrages zur gutachtlichen Aeußerung sofort oder bei Ausführung desselben sich urkundlichen Beleg zu beschaffen, daß jedoch eine Absetzung der Gebühr aus § 44 Abs. 2 einzig und allein aus dem Grunde, weil ein aus solcher Zeit datirender urkundlicher Nachweis des Auftrages ermangelt, keineswegs gerechtfertigt sein würde, nachdem das Gesetz einen solchen Nachweis — Urkunde von quasi sicherem Datum — nicht verlangt hat, es sonach auch bezüglich dieses Kostenansatzes bei der Vorschrift in § 99, Abs. 2 C. P. O. sein Bewenden haben muß; selbst die erst nachträglich erfolgte glaubhafte Bestätigung der Partei muß genügen, wenn z. B. der Anwalt im Drange der Geschäfte es unterlassen hat, den mündlich ertheilten Auftrag sofort durch Unterschrift der Partei zu den Handakten zu konstatiren, das ursprüngliche Auftragschreiben inzwischen abhanden gekommen ist u. s. w.

Diese Auslegung des § 44, wie solche mehreren Entscheidungen des Reichsgerichts zu Grunde liegt und in diesen Bemerkungen vertreten wird, hat auch fast die gesammte neuere und neueste Doktrin für sich, so insbesondere Seuffert, Kommentar zur C.P.O. zu § 87 Anm. 3, lit. b, S. 127 der 4. Auflage (1888) dann die Kommentare zur Gebührenordnung von Walter (1885) Anm. 4, S. 163—164, Willenbücher S. 18, Ziffer 4 lit. aa (II. Auflage 1888), Pfafferoth (1888) S. 97, Nr. 5, bes. Abs. 4, S. 98.

Die theilweise noch abweichenden Meinungen von Wilmowski—Levy, C. P. O. S. 141, Anm. 8 n. E. (4. Auflage 1886) und von Struckmann—Koch, Anm. 5 und 6, S. 100 der 5. Auflage gründen sich offenbar auf die ältere Rechtsprechung des Reichsgerichts; übrigens beziehen auch diese beiden Kommentatoren die zweite Alternative des Schlußsatzes von Abs. 2 in § 87 C. P. O. offenbar nur auf den Fall successiver Thätigkeit mehrerer Rechtsanwälte als **solcher** (d. h. Prozeßbevollmächtigter) in der nämlichen Instanz; es ist aber klar, daß der Gesetzgeber den Ausdruck „mehrerer Rechtsanwälte" in der **ersten** Alternative erwähnten Satzes in keinem **anderen** Sinne gebraucht haben kann, als in der **zweiten**. (s. Wilmowski-Levy a. a. O. Nr. 8, Struckmann-Koch, a. a. O. Nr. 7).*)

Zwar kann die neueste Entscheidung des Reichsgerichts vom 4. Januar 1888 — Seuffert's Archiv Bd. 43 Nr. 224 S. 342 — mit theilweiser Berechtigung der hier vertretenen Anschauung entgegen gehalten werden; denn dieselbe versagt prinzipiell für die **Revisionsinstanz** der Gebühr aus § 44 die Erstattbarkeit; im Uebrigen anerkennt dieselbe ausdrücklich die Erstattbarkeit unter Bezugnahme auf die Entscheidung in Bd. 15 S. 402 ff. In den Gründen allerdings setzt sich diese letzte Entscheidung bezüglich der Bedeutung des § 87 Abs. 2 wieder in Widerspruch mit der Entscheidung vom 10. Oktober 1883 — Annalen VIII, 443 — obwohl dieselbe einen solchen Widerspruch durch die Erwägung beseitigen zu können glaubt, daß der betreffende Gesichtspunkt als ein nur eventueller als jene Entscheidung nicht beeinflussend nicht in Betracht kommen könne.

Die Konstanz der reichsgerichtlichen Rechtsprechung in Betreff der Bedeutung des § 87 Abs. 2 C. P. O. und seiner Wirkung auf die Frage der Erstattbarkeit der Gebühr aus § 44 A. G. O. ist durch diese neueste Entscheidung leider wieder in Frage gestellt, während man nach den Entscheidungen vom 12. Januar und 10. Oktober 1883, dann 29. Januar 1886 jene als zur Genüge begründet hatte erachten können.

Daß — die Richtigkeit der erwähnten Auslegung des § 87, Abs. 2 in Doktrin und den allegirten Entscheidungen vorausgesetzt, — die logische Konsequenz es erfordert, die Frage der Erstattbarkeit der Gebühr des § 44 auch in der Revisionsinstanz als lediglich unter das Prinzip des § 87 Abs. 1 C. P. O. gestellt zu behandeln, dürfte einem gegründeten Bedenken um so weniger unterliegen, als § 44 zwischen den einzelnen Kategorien der „unteren" und „höheren" Instanz nicht unterscheidet. Auf solchem Standpunkte befand sich auch offenbar das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 12. Januar 1883 — Entsch. Bd. 8, Nr. 111, S. 373 — 374 —, da es die in Ansatz gebrachte Gebühr für die Instruktionskorrespondenz mit dem Anwalte der Revisionsinstanz **lediglich** aus dem Grunde mangelnden Nachweises **speziellen Auftrages** zur gutachtlichen Aeußerung als nicht erstattbar erklärt, dadurch aber die Erstattbarkeit an sich anerkannt hat. —

Immerhin dürfte auch nach dem jetzigen Stande der Sache in Doktrin und Rechtsprechung zu erwarten sein, daß Beschlüsse, welche den Gebührenansatz aus § 44, ohne solchen unter dem Gesichtspunkte des § 87 Abs. 1 C. P. O. zu prüfen, **lediglich** mit der Motivirung absetzen, daß keiner der beiden Ausnahmefälle des Schlußsatzes im zweiten Absatze dieses Paragraphen vorliege, in Zukunft nicht mehr ergehen werden. —

Ueberhaupt dürfte den Gerichten bei diesem Anlasse zu empfehlen sein, bei Prüfung der Kostenverzeichnisse des Anwalts der obsiegenden Partei im Zweifel über die Frage der Erstattbarkeit oder Berechtigung eines bestimmten Ansatzes, — beim Widerstreit von Gründen für und wider, — den Rothstift nicht zu gebrauchen, sondern es der Gegenpartei, insbesondere im Anwaltsprozesse zu überlassen, den nicht unzweifelhaften Ersatzposten im Beschwerdewege zu beanstanden, zumal in vielen Fällen die Absetzung der Gebühr als nicht erstattbar für den Anwalt — aus hier nicht weiter zu erörternden Gründen — gleichbedeutend ist mit Versagung der Gebühr überhaupt.

Und auch jenes goldenen Spruches unserer römischen Altvordern: „minima non curat Praetor" sollten die mit Kostenfestsetzungen betrauten Gerichte niemals gänzlich vergessen.

Mit Recht erfreut sich die Rechtsprechung der deutschen Civilgerichte des Rufes hoher Gründlichkeit: allein auch hier muß es heißen: „est modus in rebus." Als eine erfreuliche oder gesunde Art von Gründlichkeit kann man z. B. gewiß jene nicht erachten, welche dazu führt, daß selbst der höchste Gerichtshof des deutschen Reiches sich mit der Frage beschäftigen muß, ob eine 5 Pfennig Portoauslage des Rechtsanwaltes „zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Vertheidigung" nothwendig war, oder nicht (Entsch. Bd. 15 Nr. 112 S. 404). Man wende nicht ein, daß es sich um ein „**Prinzip**" gehandelt; auch Prinzipien darf man nicht zu Tod hetzen und jedenfalls darf die Anwendung eines Prinzips nicht ins Kleinliche gehen. Wir müssen uns davor bewahren, daß der Ausspruch jener bekannten geistvollen Französin: „Chacun a les défauts de ses vertus" auf unsere Rechtsprechung passende Anwendung finde! —

Den krankhaften Zustand zu hoher Besteuerung unserer Civilrechtspflege auf einem Umwege, nämlich durch allzu rigorose

---

*) Für die im Text vertretene Auslegung sprechen auch die Motive zur Entscheidung vom 9. Januar 1885 in Bd. XIII S. 313.

Anwendung oder gar restriktive Auslegung der A. G. O. lindern wollen, würde man als ein ebenso unstatthaftes, wie unwirksames Palliativ erachten müssen.

Landgerichtsrath K. in A.

Kann der Dritte, dem an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung ein die Veräußerung hinderndes Recht zusteht, den Versteigerungserlös von dem Gläubiger zurückfordern?

Von Herrn Gerichtsassessor M. zu Berlin.

Diese Frage ist in Nr. 23 und 24 des Jahrgangs 1888 dieser Zeitschrift von Herrn Rechtsanwalt Staub in Uebereinstimmung mit der Entscheidung des Reichsgerichts vom 6. Februar 1885 (Entscheidungen Bd. 13 S. 173 flg.), wenn auch theilweise aus andern Gründen, verneint. Im Nachstehenden soll versucht werden, die entgegengesetzte Ansicht zur Geltung zu bringen.

Die Civilprozeßordnung hat eine ausdrückliche Bestimmung, daß der Gläubiger sich bei der Zwangsvollstreckung nur an das Vermögen seines Schuldners halten darf, unterlassen. Daraus kann indessen nicht gefolgert werden, daß es für die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung und für die Wirkungen der Pfändung rechtlich unerheblich ist, ob die gepfändete Sache zum Vermögen des Schuldners gehört oder nicht. Auch kann nicht aus § 712 des Gesetzes der von Staub an die Spitze seiner Erörterung gestellte Satz entnommen werden, das der Erwerb des Pfändungspfandrechts nur voraussetzt

1. die Beschlagnahme durch den Gerichtsvollzieher,
2. das Vorhandensein der Sachen im Gewahrsam des Schuldners.

Die §§ 712, 713 regeln nur die Art und Weise, wie die Pfändung der zum beweglichen Vermögen gehörenden Sachen zu erfolgen hat, je nachdem diese im Gewahrsam des Schuldners oder in dem des Gläubigers oder eines zur Herausgabe bereiten Dritten sich befinden.

Der Gläubiger darf vielmehr auch nach der Civilprozeßordnung nur diejenigen Gegenstände zu seiner Befriedigung verwenden, die zum Vermögen des Schuldners gehören, ein Rechtssatz, den das Gesetz mehrfach zum Ausdruck gebracht hat. Nach § 693 Abs. 1 wird die Zwangsvollstreckung nach dem Tode des Schuldners in den Nachlaß desselben fortgesetzt, also nur in diejenigen Sachen, welche zu seinem Vermögen gehörten; nach § 711 hat der Schuldner, um die Zwangsvollstreckung für den Gläubiger zu ermöglichen, ein Verzeichniß seines Vermögens vorzulegen, und nach § 798 findet der persönliche Sicherheitsarrest nur statt, um die gefährdete Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zu sichern. Daß die Pfändung einer nicht zum Vermögen des Schuldners gehörenden Sache unzulässig ist und das Pfändungspfandrecht nicht gewährt, ergiebt sich aus § 690. Nach dieser Gesetzesvorschrift kann jeder Dritte, der dem Schuldner die Veräußerung einer in dessen Gewahrsam befindlichen Sache zu verbieten befugt ist, und dies ist vornehmlich wenn auch nicht ausschließlich der Eigenthümer der Sache, der Zwangsvollstreckung des Gläubigers in diese Sache widersprechen. In diesem sog. Interventionsprozesse ist das die Veräußerung hindernde Recht des Dritten nur die Voraussetzung des Widerspruchsrechts, nicht der im Streit befangene Gegenstand. Im Streit befangen ist die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung, ist die Frage, ob der Gläubiger befugt ist, sich wegen seiner Forderung an die gepfändete Sache zu halten. Das ergehende Urtheil hat sich daher nur darüber auszusprechen, ob die Zwangsvollstreckung zulässig ist oder nicht[1]. Wird die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt, so sind nach §§ 692, 691 Z. 1 die bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln aufzuheben, und nachher hat der Gläubiger ein Pfändungspfandrecht jedenfalls nicht mehr. Da nun das Urtheil nicht neues Recht zwischen den Parteien schafft, sondern nur das bestehende feststellt, so ergiebt sich, daß die Zwangsvollstreckung in die dem Vermögen des Schuldners nicht zugehörige Sache von vornherein unzulässig war, und daß der Gläubiger ein Pfändungspfandrecht überhaupt nicht erworben hatte. Diese Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung ist nicht die Folge der Geltendmachung des die Veräußerung hindernden Rechts, sondern die Folge des Vorhandenseins dieses Rechts; die Pfändung ist daher auch unzulässig und das Pfandrecht nicht erworben, wenn der Dritte die Widerspruchsklage nicht erhebt.[2])

Der allgemeine Rechtsgedanke, daß der Rechtsnachfolger nicht mehr Rechte erwirbt, als sein Vorgänger besaß, wenn nicht das Gesetz selbst etwas anderes bestimmt, ist hiernach von der Civilprozeßordnung bei der Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen ebenso durchgeführt, wie bei der in Forderungen (§ 736 Abs. 2, § 739).

Wird die Zwangsvollstreckung trotz ihrer Unzulässigkeit fortgesetzt und der Erlös der versteigerten Sache dem Gläubiger durch den Gerichtsvollzieher ausgehändigt, so fragt es sich, ob der Dritte, der sein Widerspruchsrecht nicht geltend gemacht hat, den Erlös herausfordern kann. Da ein Vertragsverhältniß zwischen ihm und dem Gläubiger nicht vorliegt, so kann — vorausgesetzt, daß der Letztere oder sein Vertreter, der Gerichtsvollzieher, bei der Zwangsvollstreckung im guten Glauben war — der Rückforderungsanspruch nur auf ungerechtfertigte Bereicherung gestützt werden. Diese ist nicht vorhanden, wenn der Gläubiger nur das erhalten hat, was er zu fordern hatte, wenn durch den Empfang des Erlöses seine Forderung getilgt ist. Die Tilgung einer Forderung erfolgt durch Zahlung der geschuldeten Summe oder durch solche Handlungen, denen das Gesetz diese Wirkung beilegt. Eine Zahlung ist ein Rechtsgeschäft, gerichtet auf Tilgung einer Geldobligation, sie setzt den Willen des Schuldners oder eines Vertreters desselben voraus, sich durch die Hingabe des Geldes von der Verbindlichkeit zu befreien. Ein solcher Wille ist bei der Zwangsvollstreckung nicht vorhanden, denn der Wille des Gerichtsvollziehers als Vertreters des Gläubigers, nicht des Schuldners muß außer Betracht bleiben, und der Ersteher will durch die Zahlung des

[1]) Bunsen, die Lehre von der Zwangsvollstreckung 1885, S. 62.

[2]) Das Reichsgericht hat in seinem Urtheil vom 9. Mai 1887 (Entscheidungen Bd. 18 S. 393) ein Pfandrecht durch die Pfändung einer der im § 715 C. P. O. erwähnten Sachen nicht entstehen lassen, „denn nur durch eine gesetzlich zulässige Pfändung erwirbt der Gläubiger ein Pfandrecht."

Meistgebots nicht die Schuld des Vollstreckungsschuldners, sondern seine eigene, aus dem Zuschlag erwachsene, tilgen. Die gesetzlichen Wirkungen einer freiwilligen Zahlung können daher nicht eintreten[3]). Nun bestimmt allerdings § 720 C. P. O., daß die Empfangnahme des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher als Zahlung von Seiten des Schuldners gilt, und das Reichsgericht hat in seiner bereits erwähnten Entscheidung vom 6. Februar 1885 diese Gesetzesvorschrift für seine abweichende Meinung in Anwendung gebracht. Indessen § 720 will nur zum Ausdruck bringen, daß der Schuldner durch die Empfangnahme des Erlöses seitens des Gerichtsvollziehers befreit wird, und daß mit derselben die Gefahr auf den Gläubiger übergeht, nicht entscheidet er über die Anfechtbarkeit dieser Zwangsvollstreckungshandlung seitens Dritter, wie das Reichsgericht selbst in seinen Entscheidungen vom 8. Juli 1885 und vom 9. Dezember 1886[4]) angenommen hat. Eine Zahlung im juristischen Sinne liegt also nicht vor, und eine besondere gesetzliche Bestimmung, daß die Empfangnahme des Erlöses ohne Rücksicht auf die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung die Forderung des Gläubigers tilgt, ist nicht gegeben.

Der Letztere hat hiernach seine Forderung an den Gläubiger trotz der Empfangnahme des Geldes behalten, mag er auch bis zur Anfechtung derselben durch den Dritten oder bis zur freiwilligen Herausgabe des Empfangenen an diesen an der Geltendmachung der Forderung gegenüber seinem Schuldner gehindert sein. Er ist im Besitz des Erlöses neben dem bestehenden Forderungsrecht und um den Betrag des ersteren ohne Grund bereichert. Der Dritte, aus dessen Vermögen dieser Erlös stammt, und der in Höhe desselben ärmer geworden ist, ist daher zur Rückforderung gemäß § 262 flg. A. L. R. I, 13 berechtigt[5]).

Bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen hat das Preußische Gesetz vom 13. Juli 1883 § 40 Z. 9 den Anspruch des Eigenthümers des zur Versteigerung gestellten Grundstücks auf das Kaufgeld für den Fall, daß er vor dem Schluß des Versteigerungstermins die Einstellung des Verfahrens nicht herbeigeführt hat, ausdrücklich anerkannt, und nach der Vertheilung des Kaufgeldes wird dem Widerspruchsberechtigten durch Theorie und Praxis eine Bereicherungsklage gegen den an letzter Stelle zur Hebung gelangten Gläubiger gewährt.[6]) Die maßgebenden rechtlichen Gesichtspunkte sind aber, da der § 720 C. P. O. wie oben ausgeführt, nicht in Betracht kommt, bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen keine anderen, wie bei der in das bewegliche Vermögen, und es ist nicht abzusehen, warum in dem einen Fall, nicht aber auch in dem anderen eine Bereicherung vorliegt.

Die von Staub gerügte Unbilligkeit dieses Ergebnisses für den Gläubiger könnte an sich an der rechtlichen Beurtheilung des Falls nichts ändern, diese Unbilligkeit ist aber thatsächlich nicht vorhanden. Bei der zwangsweisen Beitreibung der Urtheilssumme ist der Schuldtitel dem Schuldner nicht auszuhändigen, da sich § 677 nur auf den Fall einer freiwilligen Leistung bezieht[7]), der Schuldtitel hat vielmehr bei den Akten des Gerichtsvollziehers zu verbleiben. Weist nun der Gläubiger dem Letzteren nach, daß er wegen der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung den Versteigerungserlös hat herauszahlen müssen, so kann dieser eine erneute Pfändung vornehmen, ebenso wie in dem Falle, wo das der Vorschrift des § 715 Z. 7 zuwider gepfändete Geld auf Einwendung des Schuldners zurückgezahlt werden mußte. Hat der Gerichtsvollzieher dem Schuldner den Schuldtitel ausgehändigt, so kann der Gläubiger — abgesehen von der Frage, ob ihm nicht gemäß § 669 eine weitere vollstreckbare Ausfertigung ertheilt werden kann, in welcher die Vollstreckungsklausel unter Angabe der Sachlage nur auf den dem Dritten herausgegebenen Betrag gerichtet ist — jedenfalls im Wege des Mahnverfahrens oder einer neuen Klage sich wegen der in Folge der Anfechtung nicht getilgten Forderung einen anderen vollstreckbaren Titel verschaffen. Der Gläubiger kann die Verweisung auf diesen Weg nicht als unbillig bezeichnen, da er ihn selbst dadurch nothwendig gemacht hat, daß er unbefugter Weise seine Befriedigung aus dem Vermögen eines Dritten gesucht hat, der trotz gehöriger Sorgfalt häufig gar nicht in der Lage war, rechtzeitig genug von dem Angriff dieses Gläubigers Kenntniß zu erlangen. Unbilliger erscheint es jedenfalls, den Dritten jedes Rechtes an seiner Sache und deren Werth für verlustig zu erklären und ihn wegen seiner Befriedigung an den — regelmäßig zahlungsunfähigen — Schuldner zu weisen. Ein solcher Rechtsverlust müßte durch Gesetz bestimmt werden, und dies ist nicht geschehen.

Literatur.

Versicherungsrecht.

1. Sammlung der Bescheide, Beschlüsse und Rekursentscheidungen des Reichsversicherungsamtes nebst den wichtigsten Rundschreiben desselben. Systematisch zusammengestellt von J. Schmitz, Herausgeber der „Arbeiterversorgung“, Centralorgan für das Arbeiterversicherungswesen. Berlin 1888. Siemenroth und Worms. Preis 6 Mark.

In seiner vierjährigen Wirksamkeit hat das Reichsversicherungsamt bereits über 500 Entscheidungen erlassen, welche sich zwar größtentheils nur auf das erste, industrielle Unfallversicherungsgesetz vom 6. Juli 1884 und die Novelle dazu vom 28. Mai 1885 beziehen, aber auch für die Auslegung und Anwendung der späteren Unfallversicherungsgesetze für die land- und forstwirthschaftlichen Arbeiter, die Bauarbeiter und die Seeleute von Bedeutung sind. Bisher waren diese Entscheidungen, in den „Amtlichen Nachrichten des Reichsversicherungsamts“ und in der Zeitschrift „Die Arbeiterversorgung“ zerstreut und mit anderem Material durcheinandergewürfelt, der

---

[3]) Vgl. den ähnlich liegenden Fall in der Reichsgerichtsentscheidung vom 17. März 1884 (Justizministerialblatt S. 213).

[4]) Entscheidungen Bd. 14 S. 20 und Bd. 17 S. 30.

[5]) Ebenso Rehbein, Entscheidungen des Obertribunals Bd. 2 S. 642 Anm.

[6]) Eccius, Preußisches Privatrecht 5. Aufl. Bd. 2 S. 130 Anm. 5; Krech und Fischer, Das Zwangsvollstreckungsgesetz S. 517; Jäckel, Das Zwangsvollstreckungsgesetz. 1. Aufl. S. 356; Entscheidung des Reichsgerichts vom 1t. Februar 1882 (Entscheidungen Bd. 6 S. 313 flg.) und vom 23. Oktober 1886 (Gruchot Beiträge Bd. 32 S. 402, 403).

[7]) Wilmowski und Levy, Civilprozeßordnung Note 1 zum § 677.

Benutzung durch den Praktiker schwer zugänglich. Herr Schmitz, der als Redakteur der genannten Zeitschrift auf dem Gebiet des Arbeiterversicherungswesens besonders versirt ist, hat sich der dankenswerthen Mühe unterzogen, die gesammten bisher ergangenen Entscheidungen und Rundschreiben, soweit dieselben von allgemeinerem Interesse sind, zu sammeln und in einer systematischen Zusammenstellung übersichtlich geordnet in einem handlichen, hübsch ausgestatteten Bande herauszugeben. Der Thatbestand wird kurz, aber erschöpfend formulirt, die Entscheidung in extenso reproduzirt und der aus ihr zu entnehmende Rechtsgrundsatz durch gesperrten Druck hervorgehoben, so daß das Buch sich ebenso sehr zum Nachschlagen zwecks schneller Orientirung, wie zum gründlichen Studium eignet. Ein detaillirtes Inhaltsverzeichniß und ein ausführliches Sachregister erhöhen die Brauchbarkeit der Sammlung, welche durch Ausgabe von Ergänzungsheften fortgesetzt werden wird. Hgm.

2. Dr. jur. Richard Freund, Magistrats-Assessor zu Berlin: Die Rekursentscheidungen, Bescheide und Beschlüsse, sowie sonstigen Veröffentlichungen des Reichsversicherungsamts als Erläuterungen zu dem Unfallversicherungsgesetz vom 6. Juli 1884 und dem Gesetze über die Ausdehnung der Unfall- und Krankenversicherung vom 28. Mai 1885 bearbeitet. Berlin, J. J. Heine, 1888. Im Ganzen 5, bisher 3 Lieferungen zu je 1,20 Mark. Bisher 288 S.

Der Titel läßt ersehen, daß F. die Praxis des Unfallgesetzes in anderer Form zugänglich macht als Schmitz in der soeben besprochenen Sammlung. Nach seiner Anlage ist das Buch bestimmt, auf seinem Gebiete das zu werden, was Brauchitsch für das Verwaltungsrecht, Oppenhoff für das Strafrecht ist. Der Verfasser berücksichtigt grundsätzlich nur das Material, das in den „Amtlichen Nachrichten" des Reichsversicherungsamts niedergelegt ist, und er hat die Gründe dafür im Vorwort angegeben. Zu jedem Paragraphen sind außerdem die Gesetzesmotive abgedruckt.

Die vorliegende dritte Lieferung schließt inmitten des § 66 des Gesetzes ab.

Ueber den Schluß, sowie über die Bearbeitung der übrigen Unfallgesetze, die der Verfasser ankündigt, wird seiner Zeit berichtet werden.

3. Dr. jur. Richard Freund, Magistrats-Assessor zu Berlin: Die Centralisation der Arbeiterversicherung unter besonderer Berücksichtigung der „Grundzüge zur Alters- und Invalidenversicherung der Arbeiter". Eine Skizze. 48 S. Preis 60 Pf.

4. Dr. jur. Richard Freund, Magistrats-Assessor zu Berlin: Bemerkungen zu dem Entwurfe eines Gesetzes, betreffend die Alters- und Invalidenversicherung der Arbeiter. 40 S.

Beides Berlin, bei J. J. Heine, 1888.

In Schmollers Jahrbüchern N. F. Bd. 11 hat F. nachzuweisen versucht, daß eine auf örtlicher Centralisation beruhende, von der Gemeindeverwaltung getrennte Organisation die billigste und einfachste Form der Krankenversicherung sein würde. Dazu sei die Aufgabe des berufsgenossenschaftlichen Prinzips erforderlich. Die vorliegenden Schriften führen aus, daß dieses Prinzip auch für die Unfall-, Alters- und Invalidenversicherung fallen, und auch diese Versicherungen jener selben örtlichen Organisation übertragen werden müssen, so daß eine einzige Stelle den Mittelpunkt des ganzen Versicherungswesens abgeben soll. Welche Vortheile für die Zwecke der Versicherungsgesetzgebung erwachsen, welche Mängel den jetzigen Einrichtungen anhaften und die Folge des Entwurfes eines Altersversicherungsgesetzes sein würden, welche Bestimmungen ferner zur Verwirklichung seiner Absichten im Einzelnen erforderlich sind, legt der sachkundige Verfasser in höchst beachtenswerther Weise dar. Die erste, besonders bedeutsame Schrift ist anläßlich der Veröffentlichung der „Grundzüge zur Altersversicherung u. s. w." erschienen, die zweite anläßlich der späteren Veröffentlichung des bezüglichen, jetzt im Reichstag berathenen Gesetzentwurfs. G.

5. Reichsgesetz, betreffend die Unfallversicherung der bei Bauten beschäftigten Personen. Vom 11. Juli 1887. Erläutert von Dr. Ludwig Fuld, Rechtsanwalt in Mainz. Berlin 1887. Verlag von Franz Vahlen.

Der Verfasser bekennt sich in dem schwungvollen Vorwort und in der Einleitung, in welcher er das Verhältniß des Gesetzes zu den bereits früher erlassenen Versicherungsgesetzen bespricht, als einen begeisterten Anhänger der Sozialreform und der zur Verwirklichung derselben dienenden sozialpolitischen Gesetzgebung des Reiches. In dem Kommentar giebt der Verfasser unter Berücksichtigung der Vorarbeiten eine ziemlich eingehende Erläuterung des Gesetzes. Ein kurzes Sachregister ist beigefügt.

H — — z.

Verwaltungsrecht.

1. K. Parey, Königl. Verwaltungsgerichtsdirektor a. D.: Handbuch des Preußischen Verwaltungsrechts. Für den praktischen Gebrauch bearbeitet. Erster Band: Der Verwaltungsprozeß. 323 S. Preis 6,50 Mark. Zweiter Band: Das materielle Verwaltungsrecht. 229 S. Preis 5 Mark. Berlin, J. J. Heine, 1887.

Der Verfasser hat nicht beabsichtigt, ein wissenschaftliches System des Verwaltungsrechts nach Art desjenigen von Georg Meyer, sondern „eine kurze und übersichtliche Darstellung" namentlich des Verwaltungsstreitverfahrens zu geben. Er stellt deshalb die bezüglichen Gesetzesbestimmungen und die Rechtsgrundsätze, die das Oberverwaltungsgericht aufgestellt hat, in systematischer Form zusammen. Die Abweichungen des Verwaltungsstreitverfahrens vom Civilprozeß und die beiderseitigen Berührungen werden vielfach angemerkt. Bei der Gliederung des Stoffes ist der Anschluß an die Eintheilung der Civilprozeßordnung gewählt. Vorausgeschickt ist eine Darstellung der Verwaltungsgerichtsverfassung mit zahlreichen Zuständigkeitstabellen.

Der zweite Band wird dagegen auch für praktische Zwecke kaum geeignet sein. Die erste Abtheilung (S. 1—120) behandelt in zwei Abschnitten „die Vorrechte des Kaisers und Königs" (darunter z. B. Gesetzgebungsrecht und Besteuerungsrecht), „die nicht wirklichen Majestätsrechte und die sogenannten Regalien" (Enteignungsrecht, Steuerpflicht u. s. w.), die zweite

Abtheilung (S. 121—149), „die Organisation der Behörden und Beamten in Deutschland und Preußen", die dritte „die einzelnen Verwaltungszweige" (S. 150—200). Selbst wenn man von der Anfechtbarkeit der Systematik und mancher staatsrechtlichen Grundanschauungen absieht, so enthält der zweite Band viel zu wenig, um als Nachschlagebuch dienen zu können. Zum Theil läuft die Darstellung auf eine bloße Aufzählung hinaus. Was hier geboten wird, findet sich bei Huie de Grais besser und vollständiger.

2. H. Steffenhagen: Handbuch der städtischen Verfassung und Verwaltung in Preußen. Berlin, J. J. Heine. Bd. I. Die Verfassung der Städte. 1887. 317 S. Bd. II. Die Verwaltung der Städte. 1888. 320 S.

Dieses empfehlenswerthe Buch enthält nicht nur eine Darstellung des Stadtrechts, sondern noch des Geschäftsbetriebes der Stadtgemeinden. Es bearbeitet alle preußischen Städte-Ordnungen; eine stete Berücksichtigung selbst in jeder Einzelheit wird aber nur den altländischen Städte-Ordnungen und denen von Westfalen und Rheinpreußen zu Theil. Das Vorwiegen praktischer Zwecke hat den Verfasser nicht abgehalten, auch die Grundbegriffe des Stadtrechts zu erörtern.

Ein einleitender allgemeiner Theil beschäftigt sich mit dem Begriff des Stadtrechts, der Autonomie, dem Verhältniß zum Staats- und Reichsrecht, Geschichte, Literatur u. s. w., das erste Buch mit den Grundlagen der städtischen Verfassung und Verwaltung (Stadtbezirk, Stadtgemeinde, Bürgerschaft, Gemeindeabgabenpflichtige), das zweite mit der Verfassung der Städte (Gemeindevertretung, Gemeindevorstand, Verfassung in Städten ohne kollegialen Gemeindevorstand), die drei folgenden (der II. Band) mit der Verwaltung in organisatorischer und finanzieller Beziehung (Geschäftsführung des Magistrats und des Bürgermeisters, Thätigkeit der städtischen Unterbehörden, Kommunalbeamte, Vermögensverwaltung, Gemeindesteuerwesen) und mit der Staatsaufsicht.

3. J. Bochmann: Die Baupolizei im Gebiete des Allgemeinen Landrechts unter Berücksichtigung der neuesten Gesetzgebung und Rechtsprechung der höchsten Preußischen Gerichtshöfe dargestellt. Berlin, J. J. Heine. 1888. 120 S. Preis 1,60 M.

Der Verfasser stellt die baupolizeilichen Vorschriften einschließlich derer des Straßenfluchten-, Ansiedlungs-, Feld- und Forstpolizeigesetzes (bezüglich der Errichtung von Feuerstellen in der Nähe von Waldungen), der Gewerbeordnung bezüglich der gewerblichen Anlagen und die Bestimmungen der neuesten Verwaltungsgesetze über polizeiliche Verfügungen und Zwangsmaßregeln, sowie Straffestsetzung zusammen. Die Praxis des Oberverwaltungsgerichts ist berücksichtigt.

4. Dr. jur. P. Schubart, Regierungsrath: Die Verfassung und Verwaltung des Deutschen Reiches und des Preußischen Staates in gedrängter Darstellung. 4. neu bearbeitete Auflage. Breslau, Wilh. Gottl. Korn. 1887. 208 S. Preis kart. 1,50 M.

Praktische Zwecke verfolgt diese kurze Uebersicht nicht. G.

Ausländisches Recht.

J. Haberstich: Handbuch des Schweizerischen Obligationenrechts. Zürich, Orell, Füßli & Cie. Bd. I. 1884. 322 S. Bd. II. 1. 2. 1885. 1887. 800 S. Alphabetisches Sachregister nebst Verweisung der Gesetzesartikel u. s. w. 1887. 118 S.

Nach der Schweizer Bundesverfassung von 1874 hat der Bund die Gesetzgebung über die persönliche Handlungsfähigkeit und alle auf den Handel und den Mobiliarverkehr bezüglichen Rechtsverhältnisse (Obligationenrecht mit Inbegriff des Handels- und Wechselrechts). Dem entsprechend ist am 1. Januar 1882 ein Bundesgesetz über die persönliche Handlungsfähigkeit, am 1. Januar 1883 ein solches über das Obligationenrecht einschließlich des Mobiliarverkehrs in Kraft getreten. Der Verfasser giebt eine systematische Zusammenfassung des so gegebenen Rechts. Der I. Band behandelt Statutenkollision, allgemeine Lehren des Obligationenrechts einschließlich Vertragsfähigkeit, Abschluß durch Bevollmächtigte, Hindernisse der freien Willensbestimmung und -Aeußerung und Bedingung, sowie die dinglichen Rechte an beweglichen Sachen. Der II. Band behandelt in der ersten Abtheilung die Verträge auf Umsatz, Gebrauch, Rückgabe, Arbeit (Dienst- und Werk-, Verlags-, Frachtvertrag), Geschäftsführung (Auftrag, Anweisung, Kreditbrief und Kreditauftrag, Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte, Kommission, Geschäftsführung ohne Auftrag), Bürgschaft, Leibrente, Schenkung und die leitenden Grundsätze der nicht im Obligationengesetz geordneten Verträge; die zweite Abtheilung die einfache, Kollektiv-, Kommandit- und Aktiengesellschaft, die Genossenschaften und Vereine, das Wechselrecht, den Check und andre Ordre-, sowie Inhaberpapiere, endlich die Vorschriften über Handels-Register, -Firmen und -Bücher.

Die sehr lesbare Darstellung von H. wird nicht nur dem Praktiker, der der Auskunft über Schweizerisches Obligationenrecht bedarf, dieselbe ertheilen, sondern eben jetzt auch mit Rücksicht auf den Entwurf eines D. B. G. B. Interesse erregen. Gerade die gesetzgeberischen Erwägungen für die einzelnen Institute sind, da das Gesetz ganz neu ist, und eine Praxis in Folge dessen noch nicht zu berücksichtigen war, überall von H. gewürdigt worden. Die Methode der Schweizer Gesetzgebung ist von der unserigen verschieden, insofern man Theilgesetze, nicht sofort einen ganzen Kodex beliebt hat, insofern auch Handels- und bürgerliches Obligationenrecht zusammengefaßt worden ist. Der Grundsatz „Hand wahre Hand" ist auch in der Schweiz angenommen, der formlose dingliche Vertrag des französischen Rechts abgelehnt. „Kauf bricht Miethe"; aber die Kantonalgesetzgebung kann den Eintrag der Miethe in öffentliche Bücher mit dinglicher Wirkung zulassen. Auch das Recht der Vereine mit geselligen, künstlerischen Zwecken u. s. w. ist geordnet. Jeder derartige Verein erlangt durch Eintrag ins Handelsregister Rechtspersönlichkeit. G.

Personal-Veränderungen.

Zulassungen.

Dr. Karl Möller in Lindenau beim Landgericht Leipzig; — Rechtspraktikant Justus Fleisch bei Landgericht München I; — Dr. Max Otto Schröder beim Landgericht Zwickau; — Walter

Meibauer II beim Amtsgericht Konitz, — Georg Meyer beim Landgericht Berlin I; — Dr. jur. Ernst Oppenheimer beim Landgericht Berlin I; — Rechtsanwalt Brandt beim Amtsgericht Bütow; — Walter Meibauer beim Landgericht Konitz; — Gerichtsassessor a. D. Paul Jacob beim Amtsgericht Thorn.

Löschungen.

Justizrath Leopold zu Colberg beim Landgericht Köslin; — Richard Sollsien beim Amtsgericht Luckenwalde; — Friedr. Siebmann beim Oberlandesgericht Rostock.

Für die Redaktion verantw.: S. Haenle. Verlag: W. Moeser Hofbuchhandlung. Druck: W. Moeser Hofbuchdruckerei in Berlin.

Beiliegend Inhaltsverzeichniß und Titelblatt zum 17. Jahrgang (1888), Gesammtverzeichniß der reichsgerichtlichen Entscheidungen des XVII. Jahrgangs der Juristischen Wochenschrift, ferner für die Herren Mitglieder des Anwaltvereins: Uebersicht über die Jahresberichte der Anwaltkammern aus 1887/88.

Zur Frage der Aenderung der Gebührengesetze.

Sitzung des Reichstags vom 31. Januar 1888.

Präsident: Wir gehen über zum **Etat der Reichsjustizverwaltung** und zwar: Ausgabe, Kap. 65, Reichsjustizamt, Tit. 1.

Abgeordneter **Kulemann:** Meine Herren, wenn ich bei dieser Veranlassung hier wieder die Frage der Gerichtskosten anrege, so ist das für das Haus ja keine neue Materie, und ich würde deshalb darauf vielleicht verzichten können, überhaupt diese Beschwerden wieder von neuem vorzubringen, wenn nicht in der Sache selbst doch eine gewisse Begründung hierfür läge.

Ich meine, es ist im ganzen vielleicht bedenklich, Gegenstände, die wiederholt Veranlassung gegeben haben zu Meinungsaustausch zwischen Volksvertretung und Regierung, und die ihre Erledigung in bestimmten Erklärungen gefunden haben, wiederholt, sei es von der einen, sei es von der anderen Seite, wieder zur Sprache zu bringen. Aber, meine Herren, es liegt hier doch der Ausnahmefall vor, daß die Beschlüsse, die von Seiten des Reichstags gefaßt sind, in verschiedenen Sessionen unter Uebereinstimmung aller Parteien zu Stande gekommen sind. Dieser Fall, der ja leider nicht so häufig ist, meine ich, giebt dem Hause ein gewisses Recht, auch jetzt wieder der Regierung gegenüber, obgleich sie bis jetzt sich ablehnend verhalten hat, seinen Wünschen Ausdruck zu verleihen. Und, meine Herren, es kommt ein zweiter Grund hinzu. Es haben sich nämlich in der Zwischenzeit die Verhältnisse verändert, sie haben sich insbesondere auch insofern verändert, als die Stellung der Regierung zur Sache eine andere geworden ist. Die Erklärungen der letzteren, welche ich dabei im Auge habe, sind in der Kommission abgegeben worden, welche in voriger Session über die Vorlage, betreffend Abänderung der Gebührenordnung für die Rechtsanwälte, berieth, und sie haben damals vielleicht kaum die Aufmerksamkeit des Hauses gefunden. Das erklärt sich daraus, daß die Kommissionsverhandlungen zu einer Zeit abschlossen, als bereits zu übersehen war, daß eine Erledigung im Plenum nicht mehr würde stattfinden können. Ich persönlich war mit der Abfassung des Berichts betraut, und es war ja keine besonders angenehme Aufgabe, einen Bericht über eine Angelegenheit zu machen, von der man bereits wußte, daß das Haus nicht mehr Gelegenheit finden würde, sich mit derselben zu beschäftigen. Immerhin, meine Herren, sind in diesen damaligen Verhandlungen doch eine Anzahl Punkte zur Sprache gekommen, die, glaube ich, die Aufmerksamkeit des Hauses verdienen, und ich gestatte mir deshalb, im Zusammenhang mit dieser Materie einiges aus den damaligen Verhandlungen hier vorzutragen.

Meine Herren, die veränderte Stellung der Regierungen zu dieser Materie kann ich nicht gut anders darlegen, als wenn ich zuvor einen kurzen Ueberblick darüber gebe, wie sich diese Stellung in den vergangenen Sessionen gestaltet hat. Meine Herren, erinnern Sie sich, daß, als im Jahre 1878 die Vorlage eines Gerichtskostengesetzes gemacht wurde, damals am Schlusse des Entwurfs die Vorschrift vorgeschlagen war: es möge dem Kaiser die Befugniß übertragen werden, unter Zustimmung des Bundesraths innerhalb einer Frist von fünf Jahren Ermäßigungen oder Erhöhungen der vorgeschlagenen Sätze innerhalb des Rahmens von 25 Prozent zur Ausführung zu bringen. Man motivirte dies damit, daß es sich um eine sehr schwer im voraus zu übersehende Maßregel handle, und daß man gewissermaßen einen Sprung in Dunkle mache, sodaß es gerechtfertigt erscheine, auf Abänderungen in kurzer Frist Bedacht zu nehmen. Meine Herren, einen solchen Sprung ins Dunkle haben wir auch in voriger Session vollzogen bei dem Branntweinsteuergesetz. Man hat meiner Ansicht nach damals eine richtigere Folgerung aus dieser Auffassung gezogen als in unserem Falle, indem man im Gesetze selbst schon eine regelmäßige Revision nach je drei Jahren ins Auge gefaßt hat. Man hat bei dem Gerichtskostengesetz diesen Weg nicht beschritten und ebenso den Vorschlag des Entwurfs abgelehnt. Die Kommission war der Ansicht, daß es nicht nöthig wäre, dem Kaiser eine solche außerordentliche Befugniß zu geben, und daß vielmehr, wenn überhaupt das Bedürfniß der Aenderung hervortrete, demselben innerhalb der gewöhnlichen Formen der Gesetzgebung Abhilfe geschaffen werden könne, indem schwerlich das Bedürfniß dann ein so dringendes sein würde, daß man Veranlassung hätte, mit außerordentlichen Maßregeln einzugreifen. Der Reichstag hat

sich dieser Auffassung angeschlossen; er hat den Regierungsvorschlag abgelehnt, dafür aber eine Resolution angenommen, in welcher die verbündeten Regierungen aufgefordert wurden, innerhalb vier Jahren Ermittelungen dem Reichstage vorzulegen, um dann der Frage näher zu treten, inwieweit eine Ermäßigung der Gerichtskosten erforderlich sei. Es ist bei dieser Gelegenheit von dem Herrn Abgeordneten Dr. Windthorst geltend gemacht, es sei vielleicht das Richtige, das Gesetz überhaupt nur auf eine beschränkte Anzahl von Jahren, auf vier bis fünf Jahre, anzunehmen, um auf die Weise einen Zwang dahin zu üben, daß nach Ablauf dieser Frist von neuem die Frage geprüft werden müßte, inwieweit die vorgeschlagenen Taxen den Anschauungen entsprächen, die sich dann demnächst geklärt haben würden auf Grund der praktischen Erfahrungen.

Meine Herren, ich will nicht behaupten, daß ich persönlich diesen Vorschlag unterstützt haben würde; aber das ist zuzugeben: wäre das Gesetz auf eine kürzere Zeit angenommen worden, dann würden viele von den Beschwerden, die wir jetzt zu erheben haben, und die wir schon häufig erhoben haben, längst ihre Erledigung gefunden haben.

Jedenfalls ergab die Erfahrung, daß, sobald das Gesetz praktisch gehandhabt wurde, überall Klagen geltend gemacht wurden. Es haben nicht allein der Reichstag, sondern auch die Landtage der größeren deutschen Staaten diese Beschwerden unterstützt; es haben der preußische, der sächsische, der bayerische und der württembergische Landtag in übereinstimmenden, einstimmig gefaßten Beschlüssen ihre Regierungen aufgefordert, geeigneten Orts auf eine Ermäßigung der Gerichtskosten hinzuwirken. Meine Herren, auch der Reichstag hatte schon, nachdem das Gesetz ein halbes Jahr in Kraft war, Veranlassung, auf Anregung des Herrn Kollegen Klotz eine Resolution unter dem 28. April 1880 zu beschließen, auf welche die verbündeten Regierungen aufgefordert wurden, durch Ermäßigung der Gerichtskosten Bedacht zu nehmen. Es wurde in diesem Antrag gleichzeitig Stellung genommen zu der Frage der Anwaltsgebühren, und es wurde die Resolution dahin ausgedehnt, daß auch diese in den Kreis der Revision gezogen werden möchten.

Die Regierungen selbst verschlossen sich dem Bedürfniß nicht und machten deshalb eine Vorlage, die unterm 29. Juni 1881 als Novelle zum Gerichtskostengesetz veröffentlicht ist. Diese Novelle beschränkte sich, ihrem ausgesprochenen Grundsatz gemäß, auf Abänderung einiger sogenannter Nebenkosten. Die Motive sprechen sich dahin aus, daß zu einer prozentualen Ermäßigung der Haupttaxen zur Zeit noch keine Veranlassung vorliege, indem sie nicht genügend die Tragweite derselben übersehen lasse, und daß vielmehr zunächst Ermittelungen in dieser Angelegenheit angestellt werden müßten. Die damals eingesetzte Kommission hat dessen ungeachtet eine Anzahl von Veränderungen im Gesetz vorgenommen, die auch die Zustimmung der verbündeten Regierungen gefunden haben. Dagegen ist ein weitergehender Antrag, der damals von den Abgeordneten Schröder und Payer gemeinschaftlich eingebracht wurde und eine prozentuale Herabsetzung der eigentlichen Pauschsätze bezweckte, und zwar in der Weise, daß die unteren Klassen entlastet, die oberen dagegen in ihrer Höhe beibehalten würden, in zweiter Lesung freilich vom Reichstag angenommen worden, in dritter Lesung aber wieder fallen gelassen, nachdem die Vertreter der verbündeten Regierungen erklärt hatten, daß daran das ganze Gesetz scheitern würde.

Als Ersatz für diese weitergehenden Anträge hat damals der Reichstag zwei Resolutionen angenommen, und zwar unterm 14. Juni 1881, in welchen wiederum die Reichsregierung ersucht wurde:

> mit der weitergehenden Revision des Gerichtskostengesetzes eine solche der Gebührenordnung für Anwälte zu verbinden und desfallsige Vorlagen womöglich schon in der nächsten Session an den Reichstag gelangen zu lassen, sowie weiter die Erwartung auszusprechen, daß die verbündeten Regierungen in der nächsten Session des Reichstags Vorschläge machen werden, welche eine durchgreifendere Ermäßigung der Gerichtsgebühren herbeiführen, als durch die gegenwärtige Gesetzesvorlage geschehen ist.

Die Erklärungen des Bundesraths auf diese beiden Resolutionen gingen dahin, daß bezüglich der Anwaltsgebühren Erhebungen angestellt seien, deren Resultat abgewartet werden müsse, daß dagegen der Resolution, so weit sie sich auf die Gerichtskosten beziehe, keine Folge zu geben sei. Diese letztere Ablehnung war jedoch nicht so böse gemeint, wie sie erscheinen konnte; es hat vielmehr in der Sitzung am 3. Dezember 1881 der Herr Staatssekretär diese Erklärung dahin erläutert; daß nur für die laufende Session dem Antrag keine Folge zu geben sei; dagegen sei anzuerkennen, daß die den verbündeten Regierungen obliegende Aufgabe einer weiteren Revision und Ermäßigung der Gerichtskosten durch die vorgelegte Novelle noch nicht erledigt sei.

Es ist also damals von allen Seiten anerkannt, daß eine weitere Ermäßigung in Aussicht zu nehmen sei. Dessen ungeachtet hat der Reichstag es wiederum unter dem 15. Dezember 1881 für erforderlich gehalten, von neuem die Erwartung auszusprechen, daß eine derartige Vorlage dem Reichstag gemacht werde. In der Zwischenzeit ist das nicht geschehen. Dagegen hat unterm 5. Juni 1883 der Herr Staatssekretär von Schelling erklärt, dem Reichstage werde eine Denkschrift über die Ermittelungen der Jahre 1881 und 1882 zugehen, und er hat unterm 23. Juni 1883 dem hinzugefügt, daß in wenigen Wochen die statistischen Ergebnisse für 1882 an das Reichsjustizamt gelangen würden, und daß es dann Zeit sei, sich darüber schlüssig zu machen, in welcher Weise eine Revision des Gerichtskostengesetzes vorzubereiten sei. Es ist nicht ersichtlich, daß derartige Mittheilungen dem Reichstag gemacht wurden, und es ist deshalb der Stand der Sache wesentlich derselbe geblieben. Es fand deshalb der Reichstag von neuem Veranlassung, unterm 6. Februar 1885 auf einen Antrag des Abgeordneten Payer eine Resolution zu beschließen, die wesentlich übereinstimmte mit den vorangegangenen.

Meine Herren, ich habe Ihnen hier in Kürze nur diejenigen Verhandlungen mitgetheilt, die zu ausdrücklichen Beschlüssen des Reichstags geführt haben; dagegen ist fast keine Berathung des Justizetats verflossen, wo nicht von allen Seiten Beschwerden über die Höhe der Justizkosten geltend gemacht wären.

Der nächste Schritt der Regierung war der, daß in der vorigen Session dem Reichstag eine Vorlage gemacht wurde, welche die Herren hier ja alle kennen, die neben einigen, ganz

wenigen Aenderungen des Gerichtskostengesetzes im wesentlichen darauf abzielte, eine Ermäßigung der *Anwaltsgebühren* herbeizuführen. Diese Vorlage ist in der Kommission begraben worden insofern, als die Kommission nicht mehr in die Lage kam, ihren Bericht im Plenum zu erstatten. Sie war auch in anderer Beziehung gewissermaßen schon begraben, insofern die Kommission zu dem Beschluß kam, es bedürfte erst statistischer Mittheilungen, um die Frage, inwieweit überhaupt eine Herabsetzung der Anwaltsgebühren eintreten könne, einer Prüfung zu unterziehen. Im Gegensatz dazu stellten sich die Vertreter der verbündeten Regierungen auf den Standpunkt, daß solche Ermittelungen einerseits nicht möglich und andererseits auch nicht nothwendig seien, indem die Ermäßigungen in dem Umfang, wie sie vorgeschlagen seien, zweifelsohne vorgenommen werden könnten, ohne den Interessen der Anwälte zu nahe zu treten. Es wurde unter diesen Umständen in der Kommission angeregt, ob es nicht richtig wäre, doch für den Fall, daß der Reichstag eine gegentheilige Auffassung habe wie die Mehrheit der Kommission, in eine Erörterung der Punkte einzutreten, in denen die Kommission glaubte eine Abhülfe suchen zu müssen. Es wurde dieser Wunsch auch von Seite der verbündeten Regierungen unterstützt, aber zu meinem Bedauern hat die Kommission demselben keine Folge gegeben; es ist vielmehr der Antrag mit sechs gegen acht Stimmen gefallen, sodaß nach dieser Richtung hin nur allgemeine Besprechungen, aber keine Beschlüsse der Kommission erfolgt sind.

Meine Herren, in dieser Kommission haben aber die Vertreter der verbündeten Regierungen doch eine Erklärung abgegeben, die ich meinerseits in dem Berichte niedergelegt habe, von der ich aber glaube annehmen zu müssen, daß sie, da das Interesse des Reichstags an der Sache, wie ich glaube, nicht ein so erhebliches war, wie es gewesen sein würde, wenn das Plenum in Anspruch genommen worden wäre, kaum die nöthige Aufmerksamkeit gefunden hat. Sie enthält meiner Ansicht nach eine ganz wesentliche Veränderung der früheren Stellung. Es war früher von Seite der verbündeten Regierungen wiederholt betont, es könne aus dem Grunde in eine Ermäßigung der Gerichtskosten nicht eingetreten werden, weil die finanziellen Zustände des Reichs und der Einzelstaaten eine Herabsenkung des Niveaus, wie der Herr Staatssekretär sich ausdrückte, nicht gestatteten. Es findet sich in den weiteren Verhandlungen auch noch ein anderer Gesichtspunkt, nämlich der, daß eine Ermäßigung der Gerichtskosten nur zulässig sei in Verbindung mit einer Reform der Anwaltsgebühren. Man könnte in Zweifel sein, wie weit diese beiden Gesichtspunkte kumulativ aufgefaßt waren, oder ob der zweite eine Aenderung des ersten darstellte. Meine Herren, in der Kommission haben die Vertreter der verbündeten Regierungen zunächst die erste Erklärung wiederholt, von der Sie sich erinnern werden, daß sie auch im Plenum abgegeben war, nämlich daß eine allgemeine Herabdrückung des Niveaus der Gerichtskosten unzulässig sei. Dagegen im Verlaufe der Verhandlungen wurde dies wesentlich modifizirt. Es erklärten die Vertreter der verbündeten Regierungen, daß, *falls die Kommission eine Herabsetzung der Gerichtskosten für durchaus erforderlich halte, sie bestimmte Punkte bezeichnen möge*: die verbündeten Regierungen würden derartige Anträge sorgfältig prüfen, und von der Unmöglichkeit, daß dieselben Erfolg haben könnten, dürfe dabei keineswegs ausgegangen werden. Meine Herren, es enthält dieses, wie mir scheint, eine ganz wesentliche Modifikation des ursprünglichen Standpunkts, und ich habe Grund zu der Annahme, daß dieser Standpunkt sich darum verändert hat, weil in der Zwischenzeit die finanziellen Verhältnisse im Reich und in den Einzelstaaten eine wesentliche Verbesserung erlitten hatten. Das Reich wie die Einzelstaaten haben durch die von uns beschlossenen Steuern jetzt gewiß mit Dank anzuerkennen, daß die Regierungen nun die Möglichkeit zugeben, eine Einbuße an den Gerichtskosten zu erleiden. Ist diese meine Auffassung richtig, dann ist es gewiß im Interesse der Sache selbst und des ganzen Hauses, da ja alle Parteien in dem Wunsche einig sind, eine Ermäßigung der Gerichtskosten herbeizuführen, wenn wir die jetzt gebotene günstige Gelegenheit benutzen. Wir sehen, daß in Preußen schon Verwendungen gefunden sind für die zur Verfügung stehenden Ueberschüsse. Solche Konkurrenten werden sich überall finden, und wenn wir nicht schnell zugreifen, so könnte es geschehen, daß nach Verlauf weniger Jahre die Ueberschüsse bereits vertheilt wären, und wir in Bezug auf die Gerichtskosten keinen Erfolg mehr hätten. Ich glaube deshalb, es liegt im Interesse des Reichstags, die günstige Finanzlage zu benutzen, damit dem Wunsche Rechnung getragen wird, der in allen Theilen der Bevölkerung lebendig ist.

Meine Herren, es ist in den Verhandlungen der vorigen Session seitens der verbündeten Regierungen die Behauptung aufgestellt: die Klagen wegen der Gerichtskosten hätten wesentlich nachgelassen, sie seien im Verstummen begriffen. Es hat schon damals mein Fraktionsgenosse, Herr Dr. Meyer (Jena), diese Behauptung durchaus bestritten, und ich kann dieser Bestreitung nur beitreten. Es ist schon damals darauf hingewiesen, daß es überhaupt kaum zu verstehen wäre, wie es möglich sein sollte, daß die Klagen über die Gerichtskosten verstummt wären, während sie über die Anwaltsgebühren laut würden. Es ist ganz mit Recht darauf hingewiesen, daß das Publikum diese Unterscheidung überhaupt nicht macht. Wenn es von Gerichtskosten spricht, meint es im allgemeinen die Prozeßkosten; es unterscheidet nicht zwischen Gerichtskosten und Anwaltskosten, und es wird deshalb die Behauptung nicht aufrecht zu erhalten sein, daß die Klagen über die Gerichtskosten im Abnehmen begriffen seien.

In der Frage, wie diesen Uebelständen näher zu treten sei, ist meiner Ansicht nach ein doppelter Weg möglich. Ich möchte diese Wege unterscheiden als einen *direkten* und einen *indirekten*. Es ist bis jetzt eigentlich nur von dem direkten Wege die Rede gewesen, der darauf abzielt, die einzelnen Taxsätze direkt herabzumindern. Meine Herren, dieser Weg scheint mir ein etwas mechanischer zu sein. Wenn bestimmte Arbeiten geleistet werden, sei es seitens der staatlichen Beamten, der Anwälte oder der Gerichtsvollzieher, dann ist es an sich durchaus in der Ordnung, daß diese Arbeiten bezahlt werden. Wenn von dem Gesetzgeber diese Vergütungen einfach gestrichen werden, dann können wir freilich den Erfolg erzielen, daß weniger Gebühren bezahlt werden, aber *nur* auf Kosten irgend eines Betheiligten, und sei es auch die Staatskasse selbst.

Ein anderer Weg, den ich persönlich mehr in den Vordergrund rücken möchte, ist der, daß man die Arbeiten, die geleistet

werden, daraufhin prüft, inwieweit jede derselben wirklich nothwendig ist; und ich bin persönlich der Ansicht, daß zur Zeit eine ganze Anzahl von Arbeiten geleistet werden, die nicht als nothwendig anzuerkennen sind. Ist es nun möglich, diese Arbeiten zu beseitigen, dann fallen selbstverständlich auch die Vergütungen derselben fort. Mit anderen Worten: es ist meines Erachtens der richtige Weg oder wenigstens der Weg, der neben der Ermäßigung der Gerichtskosten in den Vordergrund zu stellen wäre, der der **Vereinfachung unseres Verfahrens**. Auch diese Bemerkung ist gewiß keine neue; ich behaupte nur, es ist bisher auf diesen Weg in geringerem Maße hingewiesen, als er es meines Erachtens verdient. Ich habe mir gestattet, in der vorjährigen Kommission persönlich diesen Standpunkt zu vertreten, und ich habe auch im wesentlichen die Unterstützung der anderen Kommissionsmitglieder gefunden. Ich darf vielleicht in dieser Beziehung konstatiren, wie die Kommission sich gestellt hat. Es heißt hierüber im Bericht:

> In dieser Beziehung wurde von verschiedenen Mitgliedern ausgeführt, daß das Ziel keineswegs ausschließlich, vielleicht nicht einmal überwiegend, auf dem Wege der Revision der Kostengesetze, mögen dieselben Kosten des Gerichts oder der Anwälte betreffen, sondern in erster Linie dadurch erreicht werden müsse, daß man das jetzige, viel zu formalistisch konstruirte Prozeßverfahren einfacher und dabei zweckentsprechender gestalte. Die Betonung dieses Gesichtspunkts sei neben seinem selbstständigen Werth aus dem Grunde auch für die vorliegende Frage von erheblicher Bedeutung, weil die Erleichterung des prozeßführenden Publikums und die Beseitigung der vielfachen diesbezüglichen Klagen sich weit weniger durch eine Ermäßigung der eigentlichen Gebührensätze als vielmehr dadurch erreichen lassen werden, daß man die sogenannten Nebenkosten, insbesondere Schreibgebühren und Zustellungskosten, verringere.

Ich habe es für richtig gehalten, nachdem ich diesen Standpunkt in der Kommission vertreten hatte, der Frage näher zu treten: wie man denn im Stande sei, nach dieser Richtung hin Abhilfe zu schaffen. Ich habe mir deshalb gestattet, eine kleine Broschüre an eine ganze Anzahl von Mitgliedern dieses Hauses, von denen ich annahm, daß sie in Folge ihrer bürgerlichen Stellung den angeregten Fragen ein größeres Interesse entgegenbrächten, zu vertheilen; und nach dem Entgegenkommen, welches ich sowohl seitens aller Parteien des Hauses als auch seitens einiger Herren aus den Regierungskreisen gefunden habe, gebe ich der Hoffnung Raum, daß es möglich sein wird, nach dieser Richtung hin mit formulirten Anträgen vor das Haus zu treten und eine Reform zunächst unseres amtsgerichtlichen Verfahrens zu erreichen. Es würde dies insbesondere aus dem Grunde wichtig sein, weil ich anerkenne, was in den Motiven zur Gerichtskostennovelle von den verbündeten Regierungen ausgeführt ist: daß nämlich eine Ermäßigung, welche durch Herabsetzung der Pauschsätze herbeigeführt werden solle, nur für die größeren Sachen von Bedeutung sein kann; denn nur da sind die eigentlichen Gebühren von wirklicher Erheblichkeit. Bei geringeren Sachen sind schon jetzt die eigentlichen Gebühren der untergeordnete Theil der Kosten. Wenn wir da etwas helfen wollen, dann muß es so geschehen, daß wir das Verfahren selbst vereinfachen.

Indem ich der Hoffnung Raum gebe, daß wir uns über diesen Punkt noch an anderer Stelle werden weiter unterhalten können, gestatte ich mir, diese Seite der Sache hier etwas zurücktreten zu lassen; ich glaube aber doch, auf einzelne besonders hervortretende Hauptpunkte hinweisen zu dürfen.

Der Hauptangriff ist meiner Ansicht nach gegen das jetzige Institut der Gerichtsvollzieher zu richten. Dies Institut ist in einer ganz eigenartigen Weise in die jetzige Gesetzgebung hineingekommen. Wenn Sie die Verhandlungen der großen Justizkommission nachlesen, werden Sie finden, daß unter den damaligen Mitgliedern mindestens eine ganze Anzahl — ob es die Mehrheit war, kann ich nicht konstatiren — gegen dies Institut eingenommen war. Man hat aber seitens der Kommission keine Möglichkeit gefunden, das Institut zu beseitigen, und zwar lediglich aus dem Grunde, weil dasselbe an keiner Stelle des Gesetzes recht behandelt, nirgends gewissermaßen sedes materiae ist, sondern das Institut selbst in seinem ganzen Umfange immer vorausgesetzt wird, und an jeder einzelnen Stelle nur die Konsequenzen aus demselben gezogen werden. Ich habe dafür eine Bestätigung durch ein Mitglied der damaligen Kommission, Herrn Reichsgerichtrath Dr. Bähr, erhalten, der mir gegenüber selbst zugegeben hat, daß man wirklich mehr oder minder gegen den eigenen Willen einer ganzen Anzahl Mitglieder dazu gekommen sei, das Gerichtsvollzieherinstitut zu akzeptiren. Auch seitens der verbündeten Regierungen ist anerkannt, daß dies Institut ein in hohem Maße reformbedürftiges sei. In der Sitzung des Reichstags vom 11. Dezember 1884 hat der Herr Staatssekretär von Schelling erklärt:

> Ich nehme gar keinen Anstand, zu erklären, daß auch Fragen der Zivilprozeßordnung der Erwägung der Regierungen werden unterstellt werden. Ich habe keinen Grund, mit der Mittheilung der wichtigeren der in Betracht kommenden Punkte zurückzuhalten.
>
> Meine Herren, es handelt sich zunächst um die Frage, ob der Anwaltszwang in seiner gegenwärtigen Ausdehnung unserem gegenwärtigen Bildungsstande entspricht. Des ferneren werden zur Diskussion gestellt werden verschiedene Punkte, welche das **Gerichtsvollzieherwesen** betreffen; es wird namentlich in Frage gezogen werden, ob die große Selbstständigkeit unserer Gerichtsvollzieher sie nicht manchmal zu einer eigenmächtigen Ausbeutung ihrer Stellung veranlaßt.

Meine Herren, auch seitens der Mitglieder dieses Hauses ist bei den verschiedensten Gelegenheiten darauf hingewiesen, daß gerade das Institut der Gerichtsvollzieher, über dessen Bedeutung man sich früher getäuscht habe, einer Aenderung unterzogen werden müsse. Meiner Ansicht nach ist nun aber allerdings erforderlich, daß man nicht bloß im allgemeinen sagt: das Institut ist reformbedürftig; sondern man muß die Punkte im einzelnen erörtern und bestimmte Forderungen aufstellen.

Ohne hier in das Einzelne eingehen zu wollen, will ich doch meine Ansicht dahin präzisiren: ich halte es für die Hauptaufgabe, daß der Gerichtsvollzieher Staatsbeamter mit festem Gehalt ist, dessen Gebühren nicht in seine eigene Tasche, sondern in die Staatskasse fließen. Diese Einrichtung haben wir schon in

vier deutschen Bundesstaaten, in Sachsen, Oldenburg, Hamburg und Lübeck. Daß das geschehen kann, daß einzelne Staaten das Institut in dieser Weise organisiren, und andere Staaten ganz anders, liegt daran, daß in dieser Beziehung den Landesjustizverwaltungen durch das Gerichtsverfassungsgesetz vollständig freie Hand gelassen worden ist. Ich muß nun sagen: ich halte, ganz abgesehen von der Frage, wie das Institut organisirt wird, diese vollständige Freiheit, die dahin führt, das Institut in dem einen Staat ganz anders zu gestalten als in dem andern, schon an sich für eine verkehrte Maßregel. Ich bin der Meinung, es wäre ganz am Platz, die Einrichtung für das ganze deutsche Reichsgebiet einheitlich zu regeln. Man mag ja damals, als die Justizgesetze eingeführt wurden, Bedenken gehabt haben, so weit zu gehen; denn man konnte nicht übersehen, wie sich das Verfahren im einzelnen gestalten würde. Jetzt haben sich, nachdem die Prozeßgesetze zehn Jahre in Kraft sind, die Verhältnisse in allen Gebieten, soweit die Prozeßgesetzgebung in Betracht kommt, wesentlich vereinfacht, manches hat sich übereinstimmender gestaltet, als man zu Anfang glaubte; und es wäre jetzt am Platze, die Hauptgrundzüge — und zu diesen rechne ich die Forderung, die ich aufstelle, daß der Gerichtsvollzieher Beamter mit festem Gehalt sein solle — einheitlich für ganz Deutschland zu regeln. Ich habe in der Broschüre, die ich erwähnte, einige praktische Konsequenzen nachgewiesen, zu denen die jetzige wenig befriedigende Verschiedenheit der Systeme in Deutschland führt, und ich glaube, wir werden demnächst dieser Frage näher zu treten haben. Eine sehr wesentliche Bedeutung der von mir vorgeschlagenen veränderten Stellung der Gerichtsvollzieher würde ich nun aber darin erblicken, daß es dann möglich wäre, die Gebühren der Gerichtsvollzieher wesentlich zu ermäßigen. Wir finden nämlich in den Verhandlungen über die Gebühren der Gerichtsvollzieher und die Gerichtskosten die auffällige Erscheinung, daß von allen Seiten betont wurde: man könne gewisse Erleichterungen, insbesondere auf dem Gebiete des Zustellungswesens, aus dem Grunde nicht vornehmen, weil die Gerichtsvollzieher sonst keine genügende Einnahme hätten. Ich erinnere z. B. an den § 40 des Gerichtskostengesetzes, in welchem vorgeschrieben ist, daß, wenn der Gerichtsschreiber die Post direkt um Zustellung ersucht, dann die Gebühren, die sonst der Gerichtsvollzieher erhalten würde, für die Staatskasse zu verrechnen sind. Meine Herren, das widerspricht völlig dem, was man bei der Einführung des § 179 der Zivilprozeßordnung im Auge hatte. Man gewährte damals dem Gerichtsschreiber die Möglichkeit, für gewisse Fälle direkt die Post um Zustellung zu ersuchen, in der ausgesprochenen Absicht, dem Publikum eine Erleichterung zu verschaffen und ein weniger kostspieliges Verfahren herbeizuführen. Nachdem man aber jetzt vorgeschrieben hat, daß in solchen Fällen die Zustellungsgebühren an die Staatskasse zu zahlen sind, ist damit die beabsichtigte Erleichterung durchaus hinfällig geworden, und später ist sogar in allen Bundesstaaten im Verwaltungswege angeordnet, daß die Gerichtsschreiber von der mehrgedachten Befugniß überhaupt nur in besonderen Ausnahmefällen Gebrauch machen dürfen. So haben wir also den Erfolg, daß zur Zeit alle Zustellungen durch den Gerichtsvollzieher vorgenommen werden.

Meine Herren, ein zweiter Punkt, welcher die mit dem Gerichtsvollzieherwesen in Verbindung stehenden Kosten betrifft, sind die Meilengelder. Diejenigen Herren, die der Praxis näher stehen, werden mir bestätigen, daß diese Meilengelder hauptsächlich ein Gegenstand sind, über den das Publikum sich beklagt, und daß dieselben in der That zu einer ungerechten Behandlung der einzelnen Bevölkerungsklassen führen. Nehmen Sie alle die kleinen Straffälle, die vielleicht in Holzdiebstählen bestehen, wo die Strafe nicht selten über 1 Mark beläuft: hier beträgt die Taxe 1 Mark, und die Schreibgebühren 20 Pfennig. Der Mann hat also 1 Mark 20 Pfennig an Kosten zu bezahlen, und thut er das freiwillig, so ist die Sache erledigt; zahlt er nicht, so tritt die Exekution ein. Die dadurch neu entstehenden Gerichtskosten betragen 30 Pfennig, das macht also in Summa 1,50 Mark Kosten. Der Gerichtsvollzieher muß nun hinaus aufs Land, um zu pfänden. Für dieses Hinausgehen bekommt er per Kilometer des Hin- und Rückwegs 10 Pfennig. Nehmen Sie also beispielsweise an, daß der Betreffende 15 Kilometer entfernt wohnt, dann macht das 3 Mark Meilengelder. Und die Entfernung von 15 Kilometern ist doch noch keine große. Also wir erhalten folgendes Resultat: wenn der Verurtheilte am Ort des Gerichts wohnt, dann bezahlt er 1,50 Mark; wohnt er aber in einem 15 Kilometer entfernten Dorf, dann bezahlt er aber 4,50 Mark. Ich vermag in der That keinen Grund einzusehen, weshalb die Leute, die nicht am Ort des Gerichts wohnen, darum eine ungünstigere Stellung einnehmen sollen in Folge der Meilengelder; ich halte das für prinzipiell verkehrt. Dieser Grundsatz führt dahin, daß diejenigen, die schon ohnehin nicht den Vortheil haben, ein Gericht am eigenen Ort zu besitzen, nun noch in Folge der Meilengelder vor den anderen benachtheiligt sind. Dergleichen Fälle kommen wirklich recht häufig vor. Denken Sie nur an alle die kleinen Strafsachen, in denen in Folge dieser Verhältnisse die nicht am Ort des Gerichts Wohnenden ungleich ungünstiger gestellt werden als ihre sonst gleichstehenden Genossen.

Wir haben bei Abmessung der Gerichtskosten den Grundsatz aufgestellt: es wird nicht nach Maßgabe der Arbeit, sondern nach dem Werthe bezahlt. Das könnte ja ungerecht erscheinen, denn die Arbeit ist bei einer kleinen Sache dieselbe wie bei einer großen. Der Grund scheint mir ein sozialpolitischer zu sein. Man sagt: diejenigen, die mit höheren Werthklassen zu thun haben, sollen höhere Kosten bezahlen, damit die geringeren Klassen entlastet werden. Das läßt sich aber nur durchführen bei den Gerichtskosten, bei den Gerichtsvollziehergebühren nicht; denn es würde zu einer Ungleichmäßigkeit der einzelnen Einnahmen führen, und deshalb hat man davon Abstand genommen. Ließen wir die Gerichtsvollziehergebühren in die Staatskasse fließen, dann könnten wir den Vortheil zu Gunsten der geringeren Klassen, der in dem angegebenen Prinzip bezüglich der Gerichtskosten zum Ausdruck kommt, auch bei den Gerichtsvollzieherkosten eintreten lassen.

Nun hat man dagegen einen Einwand erhoben, und zwar: wie ich gefunden habe, den einzigen Einwand, der überhaupt Anspruch auf Beachtung machen kann. Man sagt, eine Betheiligung des Gerichtsvollziehers an den Gebühren sei nöthig, weil derselbe ein eigenes Interesse haben müsse, sonst würde er nicht in genügender Weise seine Pflicht erfüllen. Dies halte ich für ganz unzutreffend. Wir hatten in Deutschland vor 50 Jahren bei allen Beamten die Einrichtung, daß die sogenannten Sporteln

in deren Tasche flossen. Man hat das aufgegeben, und, wie mir scheint, doch nicht mit der Wirkung, daß jetzt die Beamten weniger sorgfältig verfahren. Man könnte dasselbe mit gleichem Recht auch bei Richtern und anderen höheren Beamten anwenden. Wollte man aber wirklich sagen: die höheren Beamten geben eine größere Garantie für ihr Pflichtbewußtsein, dann weise ich darauf hin, daß auch eine große Zahl von Unterbeamten in festem Gehalt stehen. Denken Sie an die Postboten, die bei einem außerordentlich geringen Gehalt in Wind und Wetter, in Schnee und Regen unsere Briefe bringen müssen. Die Leute haben nicht einen Pfennig Einkommen davon, ob sie mehr oder weniger Briefe befördern, und trotzdem arbeiten sie mit einem Pflichtbewußtsein, das von allen Seiten anerkannt wird, und die Erfahrung spricht dafür, daß die Beamten der Post die gewissenhaftesten sind, die man haben kann. Ich glaube, man kann nicht annehmen, daß die Gerichtsvollzieher ohne Bezug der Gebühren weniger gewissenhaft sein würden, und außerdem versteht es sich doch von selbst, daß eine genügende Kontrole, eine Dienstaufsicht, in allen Fällen immer bestehen bleibt. Daß eine umfassende Dienstaufsicht nöthig ist, halte ich in der That für selbstverständlich, und ich glaube, dies ist ein weiterer Punkt, wo das Gesetz einsetzen müßte, der aber nicht der Reichsgesetzgebung untersteht, sondern der Aufsicht der einzelnen Landesjustizverwaltungen; diese werden dahin zu wirken haben, daß die Gerichtsvollzieher in höherem Maße, als es bisher geschieht, beaufsichtigt werden. Ich persönlich habe die Stellung als aufsichtführender Beamter über die Gerichtsvollzieher über zehn Jahre ausgeübt und kann aus meiner Erfahrung bestätigen, daß die Gerichtsvollzieher durchaus ihre Schuldigkeit thaten, und nicht in geringerem Maße, als jetzt der Fall ist.

Der zweite Punkt, den ich kurz andeuten möchte, bezieht sich auf das Zustellungswesen. Es ist von allen Seiten anerkannt, daß das jetzige Zustellungsverfahren ein weitläufiges und komplizirtes ist, und daß auf diesem Gebiet Erleichterungen unter allen Umständen werden eintreten müssen. Es kann Ihnen schon jetzt kein Mensch sagen, wann eigentlich die Zustellungen vom Amtswegen erfolgen müssen. Die Bestimmungen des § 194 der Zivilprozeßordnung, die kurz dahin gehen, daß alle nicht verkündeten Beschlüsse und Verfügungen von Amtswegen zuzustellen seien, diese Bestimmung ist schon jetzt nicht durchführbar, denn ihrem Wortlaut nach würde sie sich z. B. beziehen auf Terminsansetzungen, Zahlungsbefehle und andere Beschlüsse eines Gerichts, die kein Mensch von Amtswegen zustellen läßt. Die Praxis hilft sich damit, daß sie in einzelnen Fällen nach Ermessen die Zustellung vornimmt oder unterläßt, ohne feste Grundsätze darüber zu haben. Ich halte es durchaus für erforderlich, feste Normen darüber zu schaffen, in welchem Umfange diese Zustellungen nothwendig sind. In den Motiven der Zivilprozeßordnung wird der § 194 damit begründet, daß man sagt: die Parteien müssen von solchen Beschlüssen Kenntniß haben. Aber es handelt sich darum, ob man ihnen diese Kenntniß verschaffen muß auf dem Wege einer formalen Zustellung oder in der Form einer einfachen Benachrichtigung. Ich meine daher, man könnte die Form der Zustellung beschränken auf solche Fälle, in denen eine ausdrückliche Bescheinigung erforderlich ist. Es ist vor einiger Zeit in einem Artikel der „Nationalzeitung" mit vollem Recht darauf hingewiesen worden, daß es ein arges Mißverhältniß enthält, wenn in Unfallangelegenheiten, in denen außerordentlich viel höhere Werthobjekte in Frage stehen als in dem amtlichen Gerichtsprozeßverfahren, die Zustellung durch eingeschriebene Briefe zulässig ist, während in der Prozeßordnung bei den geringfügigsten Werthgegenständen die kostspielige Form der Zustellung vorgeschrieben ist.

Und wie ist es auf dem Gebiete des Strafverfahrens? Da stehen ganz andere Interessen auf dem Spiele: Ehre und Freiheit; und dennoch kennen wir dort eine vereinfachte Zustellung. In der Zivilprozeßordnung haben wir überall ausschließlich den schwerfälligen Apparat der vollständig ausgeführten Zustellung. Weshalb will man nicht eine Zustellung sich so vollziehen lassen, daß das Gerichtsschreiben die Post unmittelbar ersucht? warum soll dabei durchaus der Gerichtsvollzieher hinzugezogen werden? Dadurch entstehen lediglich Weitläufigkeiten und Kosten, die die Sache in hohem Maße vertheuern. Ich bin der Meinung, es ist gar kein Grund vorhanden, weshalb man nicht ein direktes Ersuchen der Post seitens des Gerichts zulassen will.

Endlich braucht in den Fällen, wo das Urtheil zugestellt wird, die Zustellung nicht den Thatbestand und die Gründe zu umfassen, sondern kann sich auf die Urtheilsformel beschränken. Wenn wir dies anwenden, würden wir die Zustellung wesentlich vereinfachen und eine große Menge von Kosten ersparen.

Ich verlasse diesen Gegenstand, indem ich, wie gesagt, die Hoffnung habe, daß wir uns mit den angeregten Fragen später noch von neuem beschäftigen werden.

Sprechen wir aber einmal von Mängeln des Verfahrens, von Uebelständen, die sich in unseren bisherigen Prozeßvorschriften ergeben haben, so gestatten Sie mir noch, auf einige Punkte hinzuweisen, die mir in der That einen schweren Uebelstand darzustellen scheinen. Nehmen Sie an, es wird ein Strafbefehl erlassen bezüglich einer Strafthat, die nach Darstellung der Anklage eine schwerwiegende zu sein scheint. Es wird eine Strafe von 20 Mark ausgesprochen, und der Strafbefehl wird zugestellt. Jetzt kommt der Angeklagte und stellt die Sache in einer Weise dar, daß man sich sagen muß, eine Freisprechung ist freilich nicht gerechtfertigt, aber es würde eine verhältnißmäßig geringe Strafe genügen. Was soll man hier dem Angeklagten sagen? Ich habe solche Fälle öfters gehabt und habe dem Angeklagten eröffnen müssen: bezahle lieber die Strafe von 20 Mark, obgleich ich zugeben muß, sie ist viel zu hoch; du würdest mit 2, 3 Mark vollständig bestraft sein, aber wenn du Einspruch einlegst, muß eine Verhandlung vor dem Schöffengericht stattfinden, und dann fallen dir sämmtliche Kosten zur Last, und diese werden, zumal wenn es sich um Zeugen handelt, die weit entfernt wohnen, viel mehr betragen als die Differenz von 17 Mark, die an der Strafe erspart würden.

Es wäre meiner Ansicht nach eine Bestimmung des Inhalts erforderlich, daß, wenn bei einem eingelegten Einspruch die spätere Verhandlung Veranlassung gibt, eine wesentlich geringere Bestrafung eintreten zu lassen, daß dann ein Theil oder sämmtliche Kosten je nach Lage der Umstände der Staatskasse aufgelegt werden könnten. Man hat in solchen Fällen, die

wirklich häufig vorkommen, sich damit zu helfen gesucht, daß man dem Amtsanwalt anheimgegeben hat, ob er die Strafe nicht seinerseits, nachdem er Ermittelungen angestellt hatte, herabsetzen wolle. Direkt geht das nicht; wenn der Strafbefehl verfügt ist, dann kann die Strafe nicht ermäßigt werden. Es wurde deshalb der Ausweg gewählt, daß der Amtsanwalt seinen Strafbefehl zurückzog und einen neuen Strafbefehl mit einem geringeren Strafmaß beantragte. Dieses Verfahren ist beobachtet, aber ob es mit dem Gesetz im Einklang steht, muß ich dahingestellt sein lassen. Ich habe es nur angeführt, um nachzuweisen, daß solche Uebelstände in der Praxis bestehen.

Ein zweiter Punkt, in dem sich gleichfalls ein nicht befriedigender Zustand unserer Gesetzgebung kundgiebt, bezieht sich auf die Kostenfestsetzung. Die Strafprozeßordnung bestimmt, daß das Gericht über die Kosten des Verfahrens beschließt, sofern über dieselben ein Streit entsteht. In meiner Heimat wurde das in den ersten Jahren der Prozeßordnung so gehandhabt, daß, wenn eine Privatklage beendigt war, ebenso, wie im Zivilprozeßverfahren, eine Festsetzung der Prozeßkosten durch das Gericht erfolgte. Aber sehr bald machte sich die Ansicht geltend, daß das nach der Prozeßordnung nicht zulässig sei, da es sich nicht um einen Streit handelte, und eine gerichtliche Entscheidung deshalb nicht stattfinde. Ich höre jetzt von Kollegen aus Sachsen, die dort Rechtsanwälte sind, daß dort dieselbe Auffassung besteht, und daß das Oberlandesgericht diese Ansicht gebilligt hat, indem es dahin entscheidet, eine Festsetzung seitens des Strafgerichts könne nicht stattfinden. Die Herren haben nun verschiedene Wege eingeschlagen, um zu ihren Kosten zu kommen. Sie haben zunächst den Weg der Zivilklage beschritten —, daß das nicht zulässig ist, werden Sie alle zugeben —, und sie sind deshalb auch mit ihren Klagen abgewiesen worden, indem man sagte: der Anspruch ist kein Gegenstand des Zivilprozesses. Sie haben dann den Weg des Mahnverfahrens beschritten, natürlich mit demselben negativen Erfolg. Sie haben endlich argumentirt: das Strafurtheil ist doch mindestens ein vollstreckbarer Titel, dann wollen wir auf Grund dieses vollstreckbaren Titels einen Gerichtsvollzieher beauftragen, die Kosten einzuziehen. Nun, meine Herren, einige Gerichtsvollzieher haben das gethan, wie die Gerichtsvollzieher häufig etwas thun, was nicht übereinstimmt mit dem Gesetz, da sie es nicht in ausreichender Weise übersehen können. Aber sehr bald hat auch dieses Mittel fehlgeschlagen, und die Herren haben jetzt erklärt: wir sehen keinen Weg, unsere Kosten einzuziehen, wir haben die Akten in ein Fach unseres Repositoriums gelegt und werden warten, bis die Gesetzgebung oder die Rechtsprechung zu einer Auffassung gelangt, die es uns möglich macht, unsere Kosten wieder zu erhalten. Ich glaube, auch diesen Punkt der Erwägung anheimstellen zu dürfen.

Der dritte Punkt ist der, daß jetzt der § 48 des Gerichtskostengesetzes, welcher den Gerichten die Möglichkeit giebt, bei Vertagung von Terminen eine Strafgebühr eintreten zu lassen, nach den authentischen Feststellungen, welche seitens der Justizkommission getroffen sind in Uebereinstimmung mit dem Bundesrath, sich nur bezieht auf die V e r t a g u n g und nicht auf die vielen Fälle von V e r l e g u n g von Terminen. Meine Herren, in der vom Herrn Professor Wach veranstalteten Enquête ist kein anderer Punkt so sehr in das klare Licht gerückt, als daß ein Hauptübelstand unseres jetzigen Prozeßverfahrens liegt in der Verschleppung und Ausdehnung der Prozesse. Demgegenüber ist von verschiedenen Seiten darauf hingewiesen worden, man möchte diesen Paragraphen anwenden, um ein prompteres Verfahren herbeizuführen. Aber es geht das nicht, weil die Gerichte, entsprechend der damaligen Feststellung, entscheiden, die Strafe könne nur angewendet werden, wenn eine Vertagung erfolge, aber nicht, wenn die Anwälte von Anfang an die Vertagung des Termins beantragen. Die Folge ist die, daß von dieser Befugniß so gut wie nie Gebrauch gemacht werden kann.

Meine Herren, das sind die Punkte, die ich bezüglich des Verfahrens in Betracht gezogen wissen möchte. Ich darf jetzt noch in einigen Worten wenigstens das Thema berühren, welches von anderer Seite bei den verschiedensten Gelegenheiten so viel besprochen ist, daß ich nicht mehr in eine längere Erörterung eintreten mag. Das sind die eigentlichen Kosten. Bezüglich dieser ist meiner Ansicht nach mindestens so wesentlich wie die Höhe der Taxen die Frage, wie die Kosten eingezogen werden, und diese bezieht sich einerseits auf die Einrichtung des V o r s c h u s s e s und andererseits auf die F o r m, i n d e r d i e G e r i c h t s k o s t e n e r h o b e n w e r d e n. Ich bin der Meinung, daß die Vorschußeinrichtung, wie wir sie jetzt im Reichsgesetz haben, zur Erschwerung des Publikums Veranlassung gibt, und ich kann nicht zugeben, daß die Gründe, welche in den Motiven angeführt sind, ausreichen, um diese Einrichtung zu rechtfertigen. Das Mindeste würde sein, daß man dem Gericht die Befugniß ließe, in einzelnen Fällen von der Vorschußleistung Gebrauch zu machen oder nicht. Wie die Vorschrift jetzt im Gesetze steht, scheint sie mir als eine obligatorische betrachtet werden zu müssen.

Die eigentlichen Gebühren sind hier so oft besprochen, und es ist so oft darauf hingewiesen worden, daß hier ein angemessenes Verhältniß zwischen Leistung und Gegenleistung bestehen müsse, daß, wie ich glaube, im Hause darüber vollständige Uebereinstimmung besteht, und ich mich hierüber sehr kurz fassen kann. Es ist selbstverständlich — und das ist von allen Seiten anerkannt worden, auch von Seiten der verbündeten Regierungen —, daß die Kosten, die die Justiz verursacht, nicht vollständig aufgebracht werden sollen durch die Einnahmen derselben. Der Grund ist der, daß die Einrichtungen der Justiz die Bedeutung haben, allen Staatsbürgern einen Rechtsschutz zu gewähren, sodaß von denselben nicht allein diejenigen einen Vortheil haben, welche unmittelbar in die Lage kommen, mit den Gerichten zu verkehren, sondern auch die übrigen, die nicht in diese Lage kommen; denn es werden eine Menge Prozesse aus dem Grunde vermieden, weil der Schuldner weiß: wenn du es zu einem Prozesse kommen ließest, würden dich so viel höhere Kosten treffen. Ich bin nun aber der Meinung, daß wir Veranlassung haben, nicht allein die Kosten, die in den Einzelbestimmungen enthalten sind, sondern sämmtliche Kosten, auch die Taxen in § 8 des Gerichtskostengesetzes, zu ermäßigen.

Wenn ich zum Schlusse nur kurz noch Stellung nehme zu der Frage, die hier wiederholt angeregt ist, ob sich die Reform beschränken soll lediglich auf die Gerichtskosten oder auch die Anwaltskosten zu umfassen habe, so ist das ein sehr delikater Punkt, und ich habe in der Kommission in der vorigen Session

die Erfahrung gemacht, daß das zu Erörterungen führt, die peinlich sind für beide Theile. Ich meinerseits stehe auf dem Standpunkt, den das Haus wiederholt anerkannt hat. Es ist in der That eine Ermäßigung an sich nicht abzulehnen, sie ist nur an gewisse Bedingungen zu knüpfen, und die beiden Bedingungen, die ich als vollständig berechtigt anerkenne, sind die, daß einerseits nicht „ein Herumschneiden in der Materie", wie sich Herr Kollege Porsch ausdrückte, sondern nur eine organische Revision stattfinden darf, und zweitens, daß diese Revision nicht vorgenommen werden soll einseitig auf Kosten der Anwälte, sondern in Verbindung mit den Gerichtskosten. Unter dieser Voraussetzung bin ich persönlich eben der Meinung, daß gewisse Ermäßigungen möglich sind, bin aber auch weiter der Meinung, daß nicht ausschließlich Ermäßigungen eintreten, sondern daß dagegen auch gewisse Kompensationen gewährt werden sollen. Diese Kompensationen sehe ich in der Abstellung gewisser Uebelstände, die seitens der Anwaltskammern wiederholt hervorgehoben sind. Ich rechne dazu besonders, daß die Anwälte nicht bezahlt werden für Armensachen. Ich bin der Meinung, daß in der That unsere jetzige Einrichtung des Armenrechts einer wesentlichen Umgestaltung bedarf; es wird das Armenrecht viel zu leicht ertheilt, und in Folge dessen werden viele ganz unbegründete oder aussichtslose Prozesse geführt. Würde die Einrichtung getroffen, daß etwa die Gemeinden angehalten werden, den Anwälten in Armensachen wenigstens ihre Auslagen zu ersetzen, so würde das zur Folge haben, daß überhaupt das Armenrecht mit größerer Vorsicht ertheilt würde, und es würden damit Erfolge erzielt, die nach allen Richtungen günstige wären.

Wir haben in der vorigen Kommission, wie bereits angedeutet, beschlossen, es sollten statistische Erhebungen angestellt werden. Die verbündeten Regierungen haben damals erklärt, solche statistischen Erhebungen seien nicht möglich. Wenn das der Fall ist, dann, meine ich, müßten wir von neuem vor die Frage gestellt werden, ob wir ohne solches Material an die Regelung der Sache herantreten wollen. Es wurde in der Kommission die Befürchtung geäußert: wenn wir uns so zu der Sache stellten, wie wir später gethan, möchten die verbündeten Regierungen, welche ohnehin weniger dem eigenen Wunsche gefolgt seien, sondern dem Drängen des Reichstags nachgegeben hätten, sich nicht verpflichtet fühlen, mit einer neuen Vorlage zu kommen. Wenn dies der Fall sein sollte, so würde ich es persönlich bedauern. Ich bin der Meinung, daß auf diesem Gebiete ein praktischer Erfolg durchaus erzielt werden muß, und würde der Regierung zum Dank verpflichtet sein, wenn sie eine klare, bestimmte Erklärung darüber abgeben wollte, ob sie ihrerseits die Sache einstweilen als vertagt ansieht, oder ob die Absicht besteht, dem Reichstag eine neue Vorlage zu machen. Ich glaube, daß ich im Sinne meiner Fraktionsgenossen und des größesten Theiles des Hauses spreche, wenn ich der Hoffnung Ausdruck gebe, diese Erklärung möge bejahend ausfallen. Sollte man seitens des Bundesraths eine Regelung nicht beabsichtigen, so könnte in Frage kommen, ob nicht wir unsererseits mit Initiativanträgen vorzugehen Veranlassung finden müßten, und wenigstens würden wir zu überlegen haben, ob wir nicht in Form einer Resolution bei Gelegenheit der dritten Lesung von neuem unserer Anschauung Ausdruck geben sollen. Es würde deshalb zur Klärung der Sache dienen, wenn der Herr Staatssekretär die Güte haben würde, in dieser Beziehung eine ganz bestimmte Erklärung abzugeben.

Präsident: Der Herr Bevollmächtigte zum Bundesrath, Staatssekretär des Reichsjustizamts Dr. v. Schelling, hat das Wort.

Bevollmächtigter zum Bundesrath, Staatssekretär des Reichsjustizamts, Wirklicher Geheimer Rath Dr. **v. Schelling**: Meine Herren, ich fühle selbst das Bedürfniß, und bin dem Herrn Vorredner dankbar für die mir gewährte Gelegenheit, mich über die Lage der Prozeßkostenreform im Reiche zu äußern. Die verbündeten Regierungen stehen den Klagen, welche auf diesem Gebiete erhoben werden, keineswegs ablehnend gegenüber, wie der Herr Vorredner im Eingange seines Vortrags bemerkt hat. Sie haben ihr lebhaftes Interesse für die Herbeiführung einer besseren Gestaltung des Kostenwesens dadurch an den Tag gelegt, daß sie schon im zweiten Jahre der Geltung der Gebührengesetze mit Anträgen auf Herabminderung der Gerichtskosten und Gerichtsvollziehergebühren hervorgetreten sind. Sie haben zu diesem Vorschlag die Zustimmung des Reichstags gefunden; diese Vorschläge sind in der von dem Herrn Vorredner erwähnten Gerichtskostennovelle zum Gesetz erhoben worden, und der finanzielle Erfolg ist der gewesen, daß eine sehr bedeutende Erleichterung der Gerichtskostenlast eingetreten ist.

Was nun die weitere Revision der Gebührengesetze anlangt, so waren die verbündeten Regierungen zu der Ueberzeugung gelangt, daß diese Revision vor allem und hauptsächlich bei den Anwaltsgebühren einzusetzen habe; der Reichstag hat sich dieser Anschauung nicht ganz verschlossen, vielmehr, wie dies bereits vorgetragen ist, in wiederholten Resolutionen seine Absicht dahin kundgegeben, daß mit einer Revision des Gerichtskostengesetzes auch die der Anwaltsgebührenordnung zu verbinden sei. Als nun aber im vorigen Jahre die verbündeten Regierungen mit einer Vorlage, betreffend die Abänderung der beiden Gebührengesetze an das Hohe Haus herangetreten sind, da hat leider die Angelegenheit nicht die gehoffte Förderung gefunden. Allerdings muß ich anerkennen, daß eine Ermäßigung der Gerichtskosten durch die Vorlage nur in geringem Umfange angestrebt wurde. Allein der Reichstag ist doch nicht in der Alternative: „annehmen oder ablehnen" beschränkt; der Reichstag konnte ja eine weitergehende Ermäßigung der Gerichtskosten beschließen. Die Vertreter der Regierungen in der Kommission haben sogar — und ich bin dem Herrn Vorredner äußerst verbunden, daß er dies konstatirt — die Mitglieder derselben aufgefordert, mit bestimmten Anträgen auf Ermäßigung einzelner Sätze des Gerichtskostengesetzes hervorzutreten.

Die Berathung in Ihrer Kommission hat nun aber leider eine Wendung genommen, die von den Regierungen in keiner Weise vorausgesehen werden konnte. Daß eine Ermäßigung der Gerichtskostensätze in weiterem Umfange beschlossen werden würde, darauf waren die Regierungen gefaßt; aber darauf konnten sie nicht gefaßt sein, daß nach den vorausgegangenen wiederholten Resolutionen des Reichstags ihre Vorlage überhaupt keiner sachlichen Durchberathung in der Kommission unterworfen worden ist. Die Kommission hat vielmehr — und

der Herr Vorredner hat dies bestätigt —, abgesehen von einigen allgemeinen Anregungen in Bezug auf Aenderung unseres Prozeßwesens, sich darauf beschränkt, lediglich die Frage ihrer Prüfung zu unterziehen, wie hoch sich augenblicklich die Einnahme der im Dienste befindlichen Anwälte stelle, und welche Rückwirkung die von der Regierung gemachten Vorschläge auf die Minderung dieses Einkommens haben würden.

Der Herr Abgeordnete Kulemann ist selbst Mitglied der Kommission gewesen; da er mich aber provozirt hat, so wird er es mir nicht verargen, wenn ich mich mit voller Offenheit über die Kommission ausspreche. Meines Erachtens hat die Kommission eine viel zu weit gehende Rücksicht auf die Lage der augenblicklich im Dienst befindlichen Anwälte genommen, eine Rücksichtnahme, wie sie bei anderen in Erwerbsverhältnisse einschneidenden Gesetzen der Neuzeit nicht in gleicher Weise eingetreten ist.

(Sehr richtig! rechts.)

Der Gesetzgeber muß für die Zukunft arbeiten, er darf nicht bloß die Verhältnisse der augenblicklich lebenden Generation im Auge haben. Wenn also von den verbündeten Regierungen behauptet war, daß ein Theil der Gebührensätze der Anwälte den wirklichen Werth der betreffenden Leistungen übersteige, so muß diese Behauptung in der Kommission geprüft und, so weit ein Mißverhältniß als vorhanden angenommen wurde, dieses Mißverhältniß wenigstens für die Zukunft abgestellt werden.

(Sehr richtig! rechts.)

Eine ganz andere Frage ist die, inwieweit nun das neue Gesetz Anwendung finden sollte für die bereits im Dienst befindlichen Anwälte. Das ist eine Frage, die dem Bereiche der Uebergangsbestimmungen angehört, und in diesem Bereiche ist es ja zulässig, Billigkeitsrücksichten Rechnung zu tragen. Es hätte also z. B. in Frage kommen können, für diejenigen Anwälte, die sich an Orten geringen Verkehrs, am Sitze von Amtsgerichten, im Vertrauen auf die bisherigen Gebührensätze niedergelassen hätten, die bisherigen Gebührensätze wenigstens theilweise oder für eine gewisse Zeit zu belassen oder ihnen eine andere Ausgleichung zu gewähren, um sie für die Vereitelung von Hoffnungen, welche sie bei ihrer Niederlassung hegen konnten, zu entschädigen. Allein die Kommission ist leider diesen Weg nicht gegangen. Selbst der eventuelle Antrag, für welchen, wie ich anerkennen muß, der Herr Vorredner gestimmt hat, nämlich der Antrag, wenigstens einstweilen die materiellen Bestimmungen der Gesetzesvorlage einer Prüfung zu unterziehen, — auch dieser eventuelle Antrag ist abgelehnt worden. Die Kommission hat jede weitere sachliche Durchberathung davon abhängig gemacht, daß zunächst gewisse statistische Erhebungen über die Einnahmeverhältnisse der Anwälte und über die Schmälerung, welche dieselben durch die Vorschläge der Regierungen erfahren würden, angestellt würden. Dadurch, meine Herren, ist leider die ganze Angelegenheit — ich weiß augenblicklich keinen besseren Ausdruck — auf ein todtes Geleise gerathen. Ich habe mich an die Regierungen der größeren Bundesstaaten mit der Frage gewendet, ob sie es für ausführbar und für nutzbringend halten, die von der Kommission gewünschten Erhebungen vorzunehmen. So weit mir die Antworten der Regierungen zugegangen sind, sind dieselben alle verneinend ausgefallen.

Ich will nun keineswegs behaupten, daß die verbündeten Regierungen, durch diesen Mißerfolg entmuthigt, die Reform des Prozeßkostenwesens überhaupt aufgegeben hätten; aber ich glaube doch, daß die Regierungen gut thun werden, wenn sie zunächst abwarten, ob diejenigen Herren, welche in der Kommission dazu mitgewirkt haben, die Angelegenheit auf dieses todte Geleis zu fahren, — und diese Erwägung möchte ich auch dem Herrn Vorredner ans Herz legen, — ob diese Herren Hilfe dazu leisten werden, die Sache wieder auf die fahrbare Bahn zurückzuschieben.

Der Herr Vorredner hat nun den Gesichtskreis seiner Erörterungen noch bedeutend erweitert. Er hat nicht mit Unrecht darauf hingewiesen, daß ein Theil der Beschwerden über die hohen Kosten dadurch vermindert werden könnte, wenn das Prozeßverfahren überhaupt einer Vereinfachung unterworfen würde, und er hat eine ganze Reihe von Erinnerungen und von Vorschlägen in dieser Beziehung vorgebracht, die sich zuletzt auch auf die Mängel des Strafverfahrens erstreckt haben. Meine Herren, der Herr Vorredner wird nun wohl nicht erwarten, daß meinerseits eine Aeußerung auf diese einzelnen Anregungen abgegeben wird; ich nehme das um so mehr an, als er mir überhaupt keine Mittheilung davon gemacht hat, daß er die Frage der Reform unseres Zivil- und Strafprozeßverfahrens in den Bereich seiner Anregungen ziehen werde. Ich bin natürlich nicht in der Lage, die Stellung der verbündeten Regierungen gegenüber den hervorgetretenen Vorschlägen irgendwie zu präzisiren. Ich kann meinerseits dem Herrn Vorredner nur anheimstellen, im Wege eines Initiativantrags seine Vorschläge dem hohen Hause zu unterbreiten; dann würde ich eher in der Lage sein, mich mit den verbündeten Regierungen in Verbindung zu setzen, und könnte dann vielleicht zu den einzelnen Theilen seines Vortrags Stellung nehmen.

Wenn ich mich nun ausschweige über die Anregungen, die Herr Abgeordneter Kulemann gegeben hat, so wird er mir das nicht dahin auslegen, als ob die Reichsverwaltung der Richtung, in welcher diese Vorschläge sich bewegen, ablehnend gegenüberstehe. Ich bin dem Herrn Vorredner dafür sehr verbunden, daß er Aeußerungen heute von der Tribüne wiederholt hat, die ich vor ungefähr zwei oder drei Jahren hier abzugeben die Ehre hatte, und die, glaube ich, hinreichend an den Tag legen, daß die Reichsverwaltung durchaus die Ansicht des Herrn Vorredners theilt: daß unser Prozeßverfahren einer größeren Vereinfachung bedürftig ist, namentlich zu dem Zwecke, um den mittleren Volksklassen die Verfolgung des Rechtsganges zu erleichtern. Aber der Herr Abgeordnete wird als einsichtiger Jurist sich auch der Einsicht nicht verschließen, daß unsere Prozeßordnung ein organisches Ganzes bildet, in welchem „ein Schlag tausend Verbindungen regt", und daß gerade bei einem vorzugsweise organischen Gesetz es außerordentlich schwer ist, einzelne Theile herauszunehmen und einer Reparatur zu unterwerfen, daß vielmehr für so tiefgreifende Uebelstände, wie es größtentheils diejenigen sind, welche der Herr Vorredner hervorgehoben hat, nur durch eine weitergehende Revision der Prozeßordnung Abhilfe geschaffen werden kann.

(Bravo! rechts.)

Präsident: Der Herr Abgeordnete Dr. Petri hat das Wort.

Abgeordneter Dr. **Petri**: Ich will auf die einzelnen Fragen, die der Herr Kollege Kulemann aufgeworfen hat nicht eingehen. Eine Diskussion unter Juristen dauert gewöhnlich sehr lange Zeit,

(sehr richtig!)

und ist auch nicht sehr interessant, wenigstens in der Regel, für die Zuhörer.

Nur einen Punkt möchte ich aufwerfen, nämlich den, welcher sich auf die Stellung der Gerichtsvollzieher bezieht. So, wie die Gerichtsvollzieher gegenwärtig bei uns beschäftigt sind, glaube ich nicht, daß es zweckmäßig wäre, aus denselben Staatsbeamte zu machen. Das Maß der Beschäftigung der Gerichtsvollzieher hängt vollständig von der persönlichen Zuverlässigkeit und Tüchtigkeit ab. Der Gerichtsvollzieher, der die ihm ertheilten Aufträge rasch und richtig erfüllt, hat sehr viel zu thun, und ein anderer, der neben ihm sitzt, hat nichts zu thun; es wäre daher auch keineswegs billig, den beiden ein gleichmäßiges Gehalt zu gewähren. Die Vergleiche, die der Herr Kollege Kulemann gemacht hat, treffen nicht zu. Es ist ganz richtig, daß z. B. Richter und Gerichtsschreiber ein fixes Gehalt beziehen, aber einfach deshalb, weil an einem Orte in der Regel auch nur ein Gericht ist. Wenn eine richtige Vergleichung hier getroffen werden sollte, müßte die Sache so sein, daß jeder Jurist das Recht haben sollte, sich als Richter irgendwo niederzulassen und den Leuten zu sagen: kommt zu mir, ich will über euch urtheilen! Da das aber nicht besteht, kann auch eine Parallele zwischen den Gerichtsvollziehern und den Richtern nicht gezogen werden, wenigstens nicht bezüglich der von dem Herrn Abgeordneten Kulemann aufgeworfenen Fragen. Ich möchte daher entschieden davor warnen, aus den Gerichtsvollziehern, sofern das Institut bei uns aufrecht erhalten bleibt, Staatsbeamte zu machen.

Präsident: Das Wort hat der Herr Abgeordnete Dr. Meyer (Jena).

Abgeordneter Dr. **Meyer** (Jena): Meine Herren, der Herr Abgeordnete Kulemann hat bereits selbst hervorgehoben, daß dasjenige, was er über die Reform des Zivil- und Strafverfahrens hier vorgebracht hat, lediglich seine persönliche Ansicht wäre; und ich kann auch meinerseits feststellen, daß eine Verhandlung über diesen Gegenstand im Kreise meiner politischen Freunde nicht stattgefunden hat, und wir als Fraktion also nicht unbedingt für dasjenige eintreten, was der Herr Abgeordnete Kulemann in dieser Beziehung als seine persönliche Meinung geäußert hat. Ich will daher meinerseits auch auf diese Frage und auf die Frage der Gerichtsvollzieher nicht weiter eingehen, sondern mir liegt wesentlich daran, einen Punkt zu erörtern, der bereits im vorigen Frühjahr den Gegenstand unserer Berathungen gebildet hat, nämlich die Frage der Ermäßigung der Anwaltsgebühren und der Gerichtskosten.

Ich habe mit Vergnügen von Seiten des Herrn Staatssekretärs des Reichsjustizamts die Worte vernommen, daß die verbündeten Regierungen den Beschwerden über die Kosten der Rechtspflege keineswegs ablehnend gegenüberständen. Nun hat der Herr Staatssekretär weiter gesagt, daß hinsichtlich der Ermäßigung hauptsächlich bei den Anwaltsgebühren eingesetzt werden müßte. In dieser Hinsicht bin ich nicht ganz seiner Meinung. Ich bin allerdings auch der Ansicht — und habe das auch schon im vorigen Frühjahr hier ausgeführt — daß die Anwaltsgebühren sehr wohl eine Ermäßigung vertragen könnten; aber ich glaube, daß nicht bloß die Anwaltsgebühren, sondern daß auch die Gerichtskosten eine Ermäßigung verdienen. Es wird in der That die Höhe der Gerichtskosten in weiten Kreisen der Bevölkerung als eine übermäßige empfunden. Ich kann mich darauf berufen, daß mir noch heute von einem meiner Freunde der Brief eines hochstehenden Justizbeamten aus Hamburg mitgetheilt worden ist, der dieselben Klagen über die Höhe der Gerichtskosten erhebt, die ich in den verschiedensten Kreisen der Bevölkerung meinerseits vernommen habe.

Nun hat der Herr Staatssekretär des Reichsjustizamts beklagt, daß die Angelegenheit in der Kommission nicht die gehörige Förderung gefunden habe, daß die Kommission gewissermaßen die Sache in ein todtes Geleise gebracht hätte, und er glaubt, die verbündeten Regierungen würden die Angelegenheit erst dann wieder aufnehmen können, wenn die Herren aus der Kommission sich bereit erklärten, zu einer weiteren Förderung derselben mitzuwirken. — Ja, meine Herren, ich kann die Richtigkeit eines großen Theiles dieser Behauptungen durchaus anerkennen; ich bin auch der Meinung, daß die Kommission die Angelegenheit nicht so behandelt hat, wie sie zweckmäßigerweise hätte behandelt werden müssen; diese mehr dilatorische Behandlung — wenn ich mich so ausdrücken darf — ist auch nicht nach meinem Geschmack gewesen. Aber immerhin ist das doch nur die Kommission gewesen, und die Kommission ist doch nicht entscheidend für dasjenige, was das Plenum beschließt. Wenn die Sache an das Plenum gekommen wäre, hätte sie vielleicht einen ganz anderen Verlauf genommen.

Der Herr Staatssekretär hat angedeutet, daß, wenn in der Kommission Anträge gekommen wären auf eine Ermäßigung der Gerichtskosten, die verbündeten Regierungen die Frage in Erwägung gezogen haben würden, ob sie darauf eingehen könnten; und ich glaube, auf dieser Basis würde es wohl gelingen, zu einer Verständigung zu kommen. Wenn die verbündeten Regierungen sich entschlössen, uns eine Vorlage zu machen, worin diejenigen Bedenken, die bei der vorigen Vorlage hinsichtlich der Ermäßigung der Anwaltsgebühren hier geltend gemacht worden sind, beseitigt würden, und sich gleichzeitig entschlössen, uns eine weitere Vorlage über die Ermäßigung der Gerichtskosten zu machen, glaube ich, würde es sehr wohl möglich sein, auf dieser Grundlage eine Einigung zwischen den verbündeten Regierungen und der großen Majorität dieses Hauses herbeizuführen.

Präsident: Das Wort hat der Herr Abgeordnete Freiherr v. Buol-Berenberg.

Abgeordneter Freiherr **v. Buol-Berenberg**: Meine Herren, ich kann diese Gelegenheit nicht vorübergehen lassen, ohne mich dem Wunsche des Herrn Vorredners, daß das Werk der Gerichtskostenermäßigung nicht ruhen möge, anzuschließen; ich sehe mich — um so mehr, als Exzellenz Dr. Windthorst, welcher früher nie eine Gelegenheit der Art hat vorübergehen lassen,

heute nicht anwesend ist — veranlaßt, diesem Wunsche Ausdruck zu geben. Ich war selbst Mitglied der mehrerwähnten Kommission, glaube aber insofern von jedem Vorwurf frei zu sein, wenn ein solcher überhaupt gerechtfertigt ist, als ich damals durch andere Kommission, deren Arbeiten noch etwas dringender waren, abgehalten war, öfter theilzunehmen; es war mir — glaube ich — höchstens einmal vergönnt, an den Berathungen der Kommission betreffend die Ermäßigung der Anwaltskosten theilzunehmen. Ich darf aber zum Schutz der Kommissionsmitglieder anführen, daß die Kommission in den allerletzten Tagen der Session — es war Ende Juni, glaube ich — tagte, und daß zur Unternehmung eigener Anträge hinsichtlich eines Gebiets, das doch nur mit dem Gegenstand der Gesetzesvorlage indirekt zusammenhing, aber denselben nicht selbst betraf, die Zeit in der That etwas vorgerückt war.

Ich kann auch den Einwand des Herrn Staatssekretärs nicht ganz für begründet erachten, daß es nunmehr an den Mitgliedern der Kommission sei, den Karren — wie man zu sagen pflegt — wieder ins Laufen zu bringen. Ich glaube, so ganz ohne alle Berechtigung sind doch die Fragen und die Wünsche, welche die Kommission an die verbündeten Regierungen gerichtet hat, nicht, insofern sie dahin gehen, daß man wenigstens einigermaßen einen Halt haben möchte hinsichtlich der Durchschnittshöhe der Einkommen von Anwälten an Orten einer gewissen Größe und über den Einfluß, den das Gesetz, so wie es vorgelegt war, auf das Einkommen der Anwälte haben würde. Ich glaube, wenn seitens der verbündeten Regierungen mit einer derartigen Mittheilung vorgegangen wäre, daß dann wohl auch der Weg, der leider verlassen worden ist, zu einem ersprießlichen Ergebniß führen könnte.

Ich beschränke mich auch meinerseits auf diese Bemerkungen, ohne auf die große Liste von Punkten, die der Herr Abgeordnete Kulemann angeregt hat, einzugehen, und will, wie gesagt, noch einmal meinen und meiner Freunde Wunsch ausgedrückt haben, daß das Werk einer allgemeinen Revision der Gerichtskosten neuerdings in Angriff genommen werde.

Präsident: Das Wort wird nicht mehr verlangt; die Diskussion ist geschlossen. Titel 1 ist bewilligt.

W. Moeser Hofbuchdruckerei, Berlin S., Stallschreiberstr. 34. 35.

Verzeichniß

zu den

Reichsgerichts-Entscheidungen im Jahrgang XVII.

I. Nach der Buchstabenfolge.

Vorbemerkung:

Die Entscheidungen, hinter denen ein p, bezw. g, bezw. f steht, gehören dem Gebiete des preußischen, bezw. des gemeinen, bezw. des französisch-rheinisch-badischen Rechts, die übrigen dem des Reichsrechts an.

a. Civilrecht.

b. Strafrecht.

II. Nach der Gesetzesfolge.

A. Reichsrecht.

B. Landes- und Statutar-Recht.

1. Gemeines Recht.

Digesta.

Codex.

Novellae.

Corpus iuris canonici.

Sonstige Gesetze.

2. Französische Gesetze.

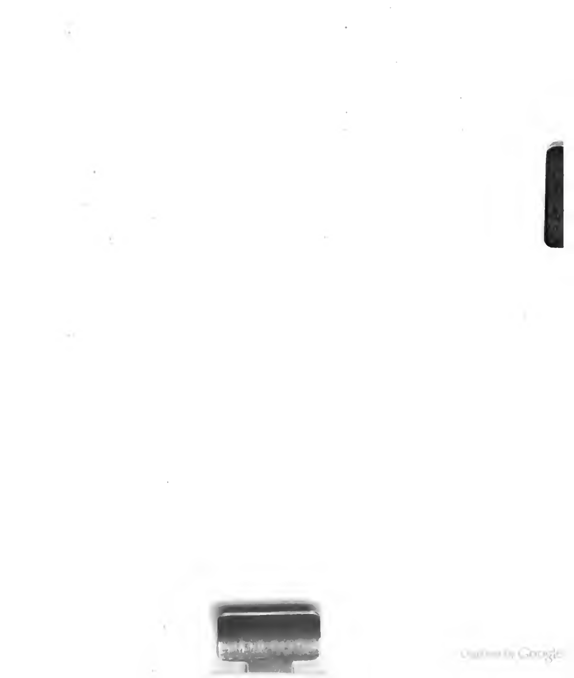
code civil.

12. Sachsen.

13. Schleswig-Holstein.

14. Württemberg.

W. Moeser Hofbuchdruckerei, Berlin S., Stallschreiberstraße 34. 35.




LAW LIBRARY
University of Michigan
3 5112 103 073 393